DIE VEREINBARUNG ALLGEMEINER GESCHÄFTSBEDINGUNGEN BEI GESCHÄFTEN MIT AUSLÄNDISCHEN KONTRAHENTEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

ULRICH MAYER

aus

Stuttgart

1984

[illegible]

Die Vereinbarung Allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Geschäften mit ausländischen Kontrahenten

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Ulrich Mayer aus
Stuttgart

Dekan: Prof. Dr. Egbert Peters
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wernhard Möschel
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Klaus Jürgen Hopt
Tag der mündlichen Prüfung: 26.03.1984

Inhaltsverzeichnis:

Seite

Literaturverzeichnis 10

Einleitung 21

I. Die Problematik im geltenden Recht 23

1. Die Parteiautonomie als Ausfluß der Vertragsfreiheit 23

a) Voraussetzungen oder Grenzen der Rechtswahl 24

b) Die Wahl eines "neutralen" Rechts 26

c) Einschränkung für Verbraucherverträge durch § 10 Nr. 8 AGBG 26

aa) Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft 27

bb) Das "anerkennenswerte Interesse" 28

cc) § 10 Nr. 8 AGBG als allseitige Kollisionsnorm 35

2. Bestimmung des anwendbaren Rechts, wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben 38

3. Rechtswahl der Parteien durch kollisionsrechtlichen Verweisungsvertrag 39

a) Abgrenzung zur materiellrechtlichen Verweisung 39

b) Ermittlung der Rechtsordnung, nach der sich das Zustandekommen des Verweisungsvertrags beurteilt 40
aa) Rechtsprechung 41
bb) Literatur 41
cc) Eigene Stellungnahme 42

4. Besonderheiten beim Zustandekommen des Verweisungsvertrags durch AGB 45

a) Anknüpfung der Einbeziehung der AGB (Angebot des Verweisungsvertrags) 45

b) Anknüpfung beim Schweigen des Empfängers auf eine Rechtswahlklausel 47
aa) die Entwicklung der Rechtsprechung 52
bb) die Auffassungen in der Literatur 24
cc) Eigene Auffassung 57

c) Anknüpfungsfragen bei kollidierenden AGB 61

5. Die Bedeutung der Sprache der AGB 65

a) kollisionsrechtliche Relevanz der Sprachproblematik 67

b) die Sprachproblematik im deutschen Recht 70

aa) Einbeziehung von AGB bei Distanzverträgen mit ausländischen Nichtkaufleuten 75

bb) Einbeziehung von AGB unter Kaufleuten 77

cc) Einbeziehung von AGB bei Geschäften mit sprachunkundigen Ausländern im Inland 78

c) Rechtsfolgen "falscher" Sprachwahl 82

6. Der Schutz des inländischen Kunden durch § 12 AGBG. 84

a) Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 12 AGBG 85

aa) Kausalität zwischen Vertragsabschluß und inländischem Engagement des AGB-Verwenders 85

bb) Abgabe der Willenserklärung im Inland 89

b) Das "Berücksichtigen" des AGBG 90

c) Die zu "berücksichtigenden" Bestimmungen 93
aa) § 2 AGBG 93
bb) § 13 AGBG 94

II. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Einheitliches Kaufrecht 95

1. Die Einbeziehung von AGB im Geltungsbereich von EKG und EAG 97

a) Hinweispflicht nach § 2 AGBG 97

b) § 3 AGBG 100

c) Sprachwahl im Bereich des EKG/EAG 101

d) Besonderheiten bei kollidierenden AGB 102

2. Die Auslegungsvorschriften des AGBG im Geltungsbereich von EKG und EAG 103

3. Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Geltungsbereich von EKG und EAG 104

4. Der Ausschluß des Einheitlichen Kaufrechts durch AGB 106

a) ausdrücklicher Ausschluß 106

b) stillschweigender Ausschluß 108
aa) Die Klausel: "Es gilt deutsches Recht" 109
bb) Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsklauseln 111

c) Ausschluß des Einheitlichen Kaufrechts kraft hypothetischen Parteiwillens 112

d) Nachträglicher Ausschluß der Einheitlichen Kaufgesetze 114

e) Teilweiser Ausschluß von EKG und EAG 116
aa) Voraussetzungen eines teilweisen Ausschlusses 117
bb) Folgen eines teilweisen Ausschlusses 119

III. Ausblick:

Auswirkungen des Europäischen Übereinkommens vom 19. Juli 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht auf die Verwendung von AGB 122

1. Die Parteiautonomie 125

a) Einschränkung der Parteiautonomie durch Art. 29 EGBGB-E für Verbraucherverträge 127

b) Begrenzung der Parteiautonomie durch Art. 34 Abs. 2 EGBGB-E 131

c) Sonderanknüpfung zwingenden Rechts durch Art. 34 Abs. 1 EGBGB-E 131

2. Anknüpfung des Zustandekommens von Verträgen 134

3. Objektive Anknüpfung 137

IV. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Internationale Warenkaufverträge 139

V. Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen in AGB 139

1. Anknüpfung der Zulässigkeit 139

2. Zulässigkeitsvoraussetzungen nach deutschem Recht 141

a) Abgrenzung von § 38 Abs. 1 zu § 38 Abs. 2 ZPO bei vollkaufmännischen Vertragspartnern 141

b) Die Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 ZPO im einzelnen 143
aa) kein allgemeiner Gerichtsstand einer Partei im Inland 143
bb) Schriftform 145

3. Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 17 EGVÜ 147

4. Anknüpfung des Zustandekommens von Gerichtsstandsvereinbarungen 148

5. Die Inhaltskontrolle von Gerichtsstandsklauseln durch das AGBG 151

a) Das Verhältnis der §§ 38 ff. ZPO zum AGBG 152

b) Das Verhältnis von Art. 17 EGVÜ zum AGBG 153

6. Wahl des Gerichtsstands durch eine Vereinbarung über den Erfüllungsort 156

a) nach deutschem Recht 156

b) nach EGVÜ 157

aa) Meinungsstand 157
bb) Tragweite der Rechtsprechung des EuGH 159
cc) Kritik 160

VI. Zusammenfassung 163

Literaturverzeichnis

Bauer, Heinz	Das Einheitliche Kaufrecht im deutsch-italienischen Rechtsverkehr in: RIW 1981, 663ff.
Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 41. Auflage, München 1983
Baumgärtel, Gottfried	Die Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit nach dem EWG-Übereinkommen vom 27. September 1968 und nach § 38 ZPO in: Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt a.M. 1977, S. 285ff.
Beckmann, Klaus F.	Das Sprachenstatut bei Internationalen Geschäftsverträgen. Diss. jur. Bochum 1980
ders.	Die Bedeutung der Vertragssprache im internationalen Wirtschaftsverkehr in: RIW 1981, 79ff.
Bendref, Bernd	Vereinbarung neutralen Rechts in internationalen Verträgen in: RIW 1980, 386ff.
Buchmüller, Jörg	Urteilsanmerkung zu BGH NJW 1976, 2075 in: NJW 1977, 501ff.
Bülow/Böckstiegel	Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 2. Auflage, Loseblattsammlung, Stand: März 1981
Canaris, Claus-Wilhelm	Bankvertragsrecht, 2. überarbeitete Auflage. Berlin New York 1981

Coester, Michael	Die Berücksichtigung fremden zwingenden Rechts neben dem Vertragsstatut in: ZvergleRW 82(1983), 1ff.
Cohn, E. J.	Einheitliches Kaufgesetz und Internationales Privatrecht in: JZ 1975, 246ff.
Coing, Helmut	Zur Anwendung zwingender ausländischer Verträge: Art. 7 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in: WM 1981, 810ff.
Diederichsen, Uwe	Die neuen Grenzen für Gerichtsstandsvereinbarungen in: BB 1974, 377ff.
Dölle/ Bearbeiter	Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht. München 1976
Drobnig, Ulrich	Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr in: Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, Festschrift für F. A. Mann. München 1977, S. 591ff.
Ebenroth, Carsten Thomas	Das kaufmännische Bestätigungsschreiben im internationalen Handelsverkehr in: ZvergleRW 77(1978), 184ff.
Ferid, Murad	Internationales Privatrecht. 2. Auflage. Berlin 1982
Firsching, Karl	Einführung in das IPR. München 1974
ders.	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht(IPR-VertragsÜ) vom 11.6.1980 in: IPrax 1981, 37ff.
Gamillscheg, Franz	Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht in: AcP 157(1958/1959), 303ff.

Grasmann, Siegfried	Das Zusammentreffen unterschiedlicher Einkaufs- und Verkaufsbedingungen in: DB 1971, 561ff.
Grüter, Karl	Gerichtsstandsvereinbarung durch Korrespondenz im EWG-Handel in: DB 1978, 381ff.
Grunsky, Wolfgang	EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr in: RIW 1977, 1ff.
Hagenguth, Rolf	Die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im internationalen Privatrecht. Diss. jur. München 1981.
Haudek, Wilhelm	Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht. Berlin 1931
Hausmann, Rainer	Stillschweigender Ausschluß der Einheitlichen Kaufgesetze durch Allgemeine Geschäftsbedingungen in: RIW 1977, 186ff.
ders.	Zum teilweisen Ausschluß der Einheitlichen Kaufgesetze durch Allgemeine Geschäftsbedingungen in: WM 1980, 726ff.
Henrich, Peter	Urteilsanmerkung zu BGH v. 19.10.1960 in: JZ 1961, 262
Hepting, Reinhard	Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen im internationalen Speditionsverkehr. Ein Beitrag zum internationalen Privatrecht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in: RIW 1975, 457ff.
Herrmann, Gerold	Einheitliches Kaufrecht für die Welt: UN-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge in: IPrax 1981, 109ff.

Hiddemann, Hans	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Kaufrecht in: WM, Sonderbeilage Nr. 5/1982
v. Hoffmann, Bernd	Das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen in: AWD 1973, 57ff.
ders.	Urteilsanmerkung zu BGH v. 17.5.1982 in: AWD 1972, 416ff.
ders.	Vertragsannahme durch Schweigen im internationalen Schuldrecht in: RabelsZ 36(1972), 510ff.
Huber, Ulrich	Das Einheitliche Gesetz über den Internationalen Kauf beweglicher Sachen in: DB 1975, 1205ff.
ders.	Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge in: RabelsZ 43(1979), 413ff.
Hübner, Ulrich	Allgemeine Geschäftsbedingungen und Internationales Privatrecht in: NJW 1980, 2601ff.
Jayme, Erik	Allgemeine Geschäftsbedingungen und Internationales Privatrecht in: ZHR(142)1978, 105ff.
ders.	Kollisionsrecht und Bankgeschäfte mit Auslandsberührung. Berlin 1977
ders.	Sprachrisiko und Internationales Privatrecht beim Bankverkehr mit ausländischen Kunden in: Festschrift für Bärmann. München 1975, S. 509ff.
Juenger, Friedrich	Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht in: RabelsZ 46(1982), 57ff.
Jung, Harald	Vereinbarungen über die internationale Zuständigkeit nach dem

EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen und nach § 38 ZPO. Bochum 1980

Katholnigg, Oskar — Internationale Zuständigkeitsvereinbarungen nach neuem Recht in: BB 1974, 395ff.

Kegel, Gerhard — Die Bankgeschäfte im deutschen Internationalen Privatrecht in: Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt. Berlin 1966, S. 215ff.

ders. — Internationales Privatrecht. 4. Auflage. München 1977

Koch, Eckart
Stübing, Jürgen — Allgemeine Geschäftsbedingungen. Kommentar zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Neuwied und Darmstadt 1977

Kornblum, Udo — Bemerkungen zur Gerichtsstandsvereinbarung in: FamRZ 1973, 416ff.

Kreuzer, Karl F. — Das Internationale Privatrecht des Warenkaufs in der deutschen Rechtsprechung (Arbeiten zur Rechtsvergleichung 21, 1964). Frankfurt a.M. Berlin 1964

Kronke, Herbert — Zur Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verkehr mit Auslandsberührung in: NJW 1977, 992f.

Kropholler, Jan — Der Ausschluß des IPR im Einheitlichen Kaufgesetz in: RabelsZ 38(1974), 372ff.

ders. — Europäisches Zivilprozeßrecht. Heidelberg 1983.

ders. — Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei in: RabelsZ 42(1978), 634 ff.

Landfermann, Hans-Georg	AGB-Gesetz und Auslandsgeschäfte in: RIW 1977, 445ff.
ders.	Neues Recht für den internationalen Kauf in: NJW 1974, 385ff.
ders.	Urteilsanmerkung zu BGH v. 28.3.1979 in: NJW 1979, 1781f.
Leipold, Dieter	Zuständigkeitsvereinbarung und rügelose Einlassung nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen in: IPrax 1982, 222ff.
Linke, Hartmut	Sonderanknüpfung der Willenserklärung in: ZverglRW 80, 1ff.
Löwe, Walter	Das neue Recht der Gerichtsstandsvereinbarung in: NJW 1974, 473ff.
Löwe/Graf v. Westphalen/ Trinkner	Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Heidelberg 1977.
dies.	Großkommentar zum AGBG, Band II, 2. Auflage. Heidelberg 1983
Lorenz, Werner	Konsensprobleme bei international-schuldrechtlichen Distanzverträgen in: AcP 159(1960/1961), 193ff.
Magnus, Ulrich	Das Haager Einheitskaufrecht und die gegenwärtige deutsche Praxis in: NJW 1977, 2000ff.
Mann, F. A.	Einheitliches Kaufrecht und Internationales Privatrecht in: JZ 1975, 14ff.
Melchior, George	Die Grundlagen des deutschen Internationalen Privatrechts. Berlin und Leipzig 1932.

Mertens, Hans-Joachim Rehbinder, Eckard	Internationales Kaufrecht. Kommentar zu den Einheitlichen Kaufgesetzen. Frankfurt a.M. 1975
Mühl, Margarete	Zum Problem der kollisionsrechtlichen Beachtung zwingender Vorschriften gemäß § 12 AGBG und Art. 7 des europäischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in: Festschrift für Otto Mühl zum 70. Geburtstag. Stuttgart 1981, S.449ff.
Müller, Gerd	Urteilsanmerkung zu EuGH vom 14.12.1976, Rs. 24/76 und 25/76, in: RIW 1977, 163ff.
Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Bd. 1 Allgemeine Lehren München 1978 Bd. 7 Einführungsgesetz Internationales Privatrecht München 1983 (zitiert: MünchKomm-Bearbeiter)
Neuhaus, Paul Heinrich	Die Grundbegriffe des IPR. 2. Auflage. Tübingen 1976
Nörenberg, Helmut	Internationale Verträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen in: NJW 1978, 1082ff.
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. 42. Auflage. München 1983 (zitiert: Palandt-Bearbeiter)
Piltz, Burghard	Die Zuständigkeitsordnung nach dem EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen in: NJW 1979, 1071ff.
ders.	Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach dem EuGVÜ in: NJW 1981, 1876ff.
Pleyer, Klemens/ Battes, Robert	Geltung und Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Verkehr

der Banken untereinander
in: DB 1971, 1289ff.

Raape, Leo — Internationales Privatrecht. 5. Auflage. Berlin und Frankfurt a.M. 1961

Reichert-Facilides, Fritz — Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf das deutsche internationale Versicherungsvertragsrecht
in: VersR 1978, 481ff.

Reinhart, Gerd — Zum Sprachenproblem im grenzüberschreitenden Handelsverkehr
in: IPRax 1982, 226ff.

ders. — Verwendung fremder Sprachen als Hindernis beim Zustandekommen von Kaufverträgen?
in: RIW 1977, 16ff.

Reinmüller, Bernd — Das Schweigen als Vertragsannahme im deutsch-französischen Rechtsverkehr unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Diss. jur. Mainz 1976

Reithmann /Bearbeiter — Internationales Vertragsrecht. 3. Auflage. Köln 1980

Samtleben, Jürgen — Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem EWG-Übereinkommen und nach der Gerichtsstandsnovelle
in: NJW 1974, 1590ff.

Sandrock, (Hrsg.) — Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung. Heidelberg 1980

Schiller, K. Volker — Gerichtsstandsklauseln in AGB zwischen Vollkaufleuten und das AGB-Gesetz
in: NJW 1979, 636ff.

Schlechtriem, Peter — Einheitliches UN-Kaufrecht. Tübingen 1981

ders. — Haager Einheitliches Kaufrecht und AGB-Gesetz
in: Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeß-

recht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig. Berlin Heidelberg New York 1978, S. 255ff.

ders. — Der Kaufmann im Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
in: Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag. München 1977, S. 571ff.

ders. — Die Kollision von Standardbedingungen nach BGB und Einheitlichem Kaufabschlußgesetz
in: BB 1974, 1309ff.

ders. — Das "Sprachrisiko" - ein neues Problem?
in: Privatautonomie, Eigentum und Verantwortung. Festgabe für Hermann Weitnauer. Berlin 1980, S. 129ff.

Schlosser/ Coester-Waltjen/ Graba — Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Bielefeld 1977.

Schmitz, Gabriele — Haftungsausschlußklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach englischem und internationalem Privatrecht. Schriften zum internationalen Recht. Band 8. Berlin 1977.

Schütze, Rolf — Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Auslandsgeschäften
in: DB 1978, 2301ff.

ders. — Die Neuregelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das Internationale Privatrecht
in: DB 1975, 489f.

Soergel/Siebert — Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Band 7: Einführungsgesetz
10. Auflage. Stuttgart 1970
(zitiert: Soergel-Bearbeiter)

Sonnenberger, Hans-Jürgen	Bemerkungen zum Internationalen Privatrecht im AGB-Gesetz in: Konflikt und Ordnung. Festschrift für Murad Ferid. München 1978, S. 377ff.
Spellenberg, Ulrich	Die Vereinbarung des Erfüllungsortes und Art. 5 Nr. 1 des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens in: IPrax 1981, 75ff.
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 2: Recht der Schuldverhältnisse 12. Auflage. Berlin 1983 EGBGB, Teil 2b 10./11. Aufl. 1978 (zitiert: Staudinger-Bearbeiter)
Stein/Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung 20. Auflage Tübingen 1978 (zitiert: Stein/Jonas-Bearbeiter)
Stötter, Viktor	Der stillschweigende Ausschluß der Anwendbarkeit des EKG nach Art. 3 Satz 2 EKG in: RIW 1978, 578ff.
ders.	Internationales Einheitskaufrecht. München 1975
Stoll, Hans	Internationalprivatrechtliche Probleme bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in: Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag. Berlin 1979, S. 759ff.
Striewe, Peter	Kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen: Vertragsschluß und Vertragsinhalt in: JuS 1982, 728ff.
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen. 12. Auflage München 1982

Ungnade, Dieter	Die Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute im Verkehr mit dem Ausland in: NJW 1973, 1130ff.
Vischer, Frank	Internationales Vertragsrecht. Bern 1962
Vollkommer, Max	Die Gerichtsstandsvereinbarung durch den Parteiwillen nach der Zivilprozeßnovelle 1974 in: Rechtspfleger 1974, 129ff.
ders.	Urteilsanmerkung zu OLG München v. 17.9.1973 in: NJW 1974, 196f.
Weimar, Wilhelm	Die vom Verwender von AGB anzuwendende Sprache bei Ausländern als Vertragspartner in: DB 1978, 243
v. Westphalen, Friedrich, Graf	International-privatrechtliche Probleme und AGB-Gesetz in: WM 1978, 1310ff.
Wieczorek, Bernhard	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze Erster Band. §§ 1 - 252 Berlin New York 1976
Wirth, Hans-Rainer	Gerichtsstandsvereinbarung im internationalen Handelsverkehr in: NJW 1978, 460ff.
Wolff, Martin	Das Internationale Privatrecht Deutschlands. 3. Auflage. Berlin 1954
Zahn, Johannes C. D.	Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel 5. Auflage. Berlin New York 1976.
Zöller	Zivilprozeßordnung. 13. Auflage. Köln 1981

Einleitung:

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die von oder gegenüber ausländischen Vertragspartnern verwendet werden, werfen eine Fülle von Problemen auf.

Anders als im innerstaatlichen Bereich steht bei gegebenen Auslandsbezügen die internationalprivatrechtliche Frage nach dem anwendbaren Recht im Vordergrund.
Hier ist zu untersuchen, ob und inwieweit der AGB-Verwender das anzuwendende Recht durch eine Rechtswahlklausel in den AGB selbst bestimmen kann. Dabei ist natürlich zu beachten, ob es sich um Geschäfte unter Kaufleuten handelt, oder ob daran auch Nicht-Kaufleute beteiligt sind.
Ferner ist für die Einbeziehung der AGB in den Vertrag die Sprache von Bedeutung, in der diese gefaßt sind.

Eine Klärung dieser Probleme nur auf der Grundlage des derzeit geltenden deutschen Rechts erscheint der Thematik insgesamt nicht angemessen. Als notwendige Ergänzung hinzukommen muß auch die Untersuchung, welche Auswirkungen zwischenstaatliche Abkommen auf den angesprochenen Bereich haben. Hier sind zum einen die Haager Kaufrechtsübereinkommen zu nennen, die - durch das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG) und das Einheitliche Gesetz über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen (EAG) in innerstaatliches Recht transformiert - für Geschäfte mit Partnern in den Vertragsstaaten gelten.

Zum anderen gehört hierher auch das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, dessen Transformation in innerstaatliches Recht durch den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts derzeit im Gange ist.

Ein besonderer Abschnitt war ferner der im Schnittpunkt zwischen materiellem und prozessualem Recht liegenden Frage zu widmen, inwieweit durch AGB Gerichtsstandsvereinbarungen getroffen werden können, wobei dem EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen bei Vertragspartnern in einem der sechs Gründungsstaaten der EWG besondere Bedeutung zukommt.

I. Die Problematik im geltenden Recht

1. Die Parteiautonomie als Ausfluß der Vertragsfreiheit

Das im internen Schuldrecht geltende Prinzip der Privatautonomie gestattet den Parteien auch, die zwischen ihnen bestehenden rechtlichen Beziehungen einem ausländischen Recht zu unterstellen. Dieser Ausfluß der Privatautonomie wird in Schrifttum und Rechtsprechung als Parteiautonomie bezeichnet. Das deutsche Internationale Privatrecht enthält keine Einschränkung dieses Grundsatzes, es läßt den Parteien grundsätzlich freie Hand, welche Rechtsordnung sie auf die zwischen ihnen bestehenden oder beabsichtigten vertraglichen Beziehungen angewendet wissen wollen.
Dies ist in Literatur und Rechtsprechung außer Streit; das OLG München hat in einer Entscheidung vom 12.8.1977[1] die Vereinbarung deutschen Rechts für die vertraglichen Beziehungen der deutschen Klägerin und der niederländischen Beklagten mit der lapidaren Bemerkung gebilligt, die Möglichkeit und Rechtswirksamkeit einer derartigen Vereinbarung stehe außer Zweifel.

---

1 NJW 1978, 499

Räumliche Beziehungen des Vertrags zu dem Land, dessen Recht angewendet werden soll, sind nicht vonnöten[2].

a) Voraussetzungen oder Grenzen der Rechtswahl

Einigkeit besteht darüber, daß die Freiheit der Parteien in ihrer Rechtswahl jedoch nicht unbeschränkt sein kann. Bei reinen Inlandsfällen, in denen der Sachverhalt keinerlei Auslandsbezüge aufweist, sind die Parteien nicht berechtigt, eine ausländische Rechtsordnung zur Entscheidung über ihre vertraglichen Beziehungen zu berufen[3].
Die dogmatischen Ansätze der Begründung sind jedoch verschieden.
Eine Auffassung postuliert als Grundlage für die Parteiautonomie überhaupt das Vorliegen eines internationalen Vertrags[4]. Die dazu erforderliche Auslandsberührung kann nach dieser Auffassung durch Wohnsitz oder Staatsangehörigkeit der Parteien, durch die Belegenheit des Vertragsgegenstandes oder des Erfüllungsorts im Ausland gegeben sein[5]. Die Gegenauffassung will die Parteiautonomie durch das Erfordernis eines "anerkennenswerten Interesses" einschränken[6].
Begreift man die Privatautonomie als umfassendes

2 Soergel-Kegel, Rdnr. 227 vor Art. 7 EGBGB; Reithmann-Martiny Rdnr. 10; Bendref RIW 1980, 386, 388

3 so MünchKomm.-Martiny vor Art. 12 EGBGB Rdnr. 12; Palandt-Heldrich, vor Art. 12 EGBGB, Anm. 2 a aa; Schütze, DB 1975, 489; Neuhaus, § 33 IV; wohl auch Staudinger-Firsching, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 336; Gamillscheg AcP 157(1958), 313; BGH NJW 1961, 1061 (obiter dictum); OLG Saarbrücken OLGZ 1966, 142, 144

4 Sandrock-Steinschulte, Bd. 1, Abschn. A, Rdnr. 103; MünchKomm.-Martiny, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 12

5 Steinschulte aaO.; Martiny aaO.

6 Soergel-Kegel, Rdnr. 228 vor Art. 7 EGBGB; ders., in IPR § 18 1 b; Raape

Prinzip im deutschen Schuldrecht und Parteiautonomie als kollisionsrechtliches Derivat, so kann die Freiheit der Parteien zur Rechtswahl zwar eingeschränkt, nicht aber an Voraussetzungen geknüpft werden. Die zweite Auffassung, die von der grundsätzlichen Rechtswahlfreiheit ausgeht ist vorzugswürdiger, mögen auch beide Auffassungen in den allermeisten Fällen zum gleichen Ergebnis gelangen. Zum einen erspart sie dem Gericht die Prüfung des objektiv zu bestimmenden Merkmals "internationaler Vertrag", das Gericht kann vielmehr die gesamten Umstände des Einzelfalls in die Würdigung des einer Wertung zugänglichen Begriffs "anerkennenswertes Interesse" einbringen[7].
Die Einschränkung der Privatautonomie durch dieses Kriterium läßt auch dem Gericht mehr Spielraum in zweifelhaften Fällen, wie beispielsweise dem von Raape[8] genannten, wo die Parteien, die jetzt Deutsche sind, früher aber Holländer waren, sich auf das ihnen vertraute holländische Recht einigten.

---

7 Dabei sind dann Fälle einer "sinnlosen oder albern-verspielten, kurz ungehörigen Wahl" (Wolff S. 139) auszuscheiden.

8 § 40 III 1 (S. 461)

b) Die Wahl eines "neutralen" Rechts

Strittig ist, ob die Parteien berechtigt sind, bei grundsätzlicher Auslandsberührung des Sachverhalts auch eine Rechtsordnung zu wählen, die keinerlei Bezüge zum Sachverhalt aufweist, gleichsam "neutral" ist. Früher wurde dies teilweise verneint, es wurde gefordert, das von den Parteien gewählte Recht müsse mit dem von ihnen getätigten Rechtsgeschäft irgendwelche Berührungspunkte aufweisen, die Vereinbarung einer beziehungslosen Rechtsordnung sei also unbeachtlich[9]. Inzwischen scheint hier aber eine Lockerung eingetreten zu sein, in einer jüngeren Entscheidung vom 15.11.1976 scheint der BGH einer Rechtswahl der Parteien nur unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs die Gültigkeit versagen zu wollen[10]. Diese Auffassung hat sich nunmehr auch in der Literatur einhellig durchgesetzt[11]. Dagegen sind Bedenken nicht zu erheben. Die Möglichkeit, ein neutrales Recht zu wählen, entspricht insbesondere den Bedürfnissen des internationalen Handelsverkehrs.

b) Einschränkung für Verbraucherverträge durch § 10 Nr. 8 AGBG

---

9 KG Berlin vom 16.8.1956, NJW 1957, 347; OLG Hamburg, AWD 1958, 249f. hält die Wahl eines beziehungslosen Rechts für "lebensfremd"
dagegen aber BGH NJW 1956, 1838: Bestimmung des Schiedsrichters und durch ihn des anwendbaren Verfahrensrechts durch das Los

10 NJW 1977, 1011, 1012

11 MünchKomm.-Martiny 13; Sandrock-Steinschulte Bd. 1, Abschn. A, Rdnr. 116; Soergel-Kegel vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 227

Für Verträge mit Nichtkaufleuten, denen AGB zugrundeliegen, hat der deutsche Gesetzgeber nunmehr in § 10 Nr. 8 AGBG ein "anerkennenswertes Interesse" für die Wahl ausländischen Rechts durch AGB normiert[12].

aa) Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft

Da die Vorschriften des AGBG gemäß dessen § 24 auf Kaufleute keine Anwendung finden, stellt sich die Frage, nach welcher Rechtsordnung die Kaufmannseigenschaft eines Ausländers, der sich den AGB eines deutschen Unternehmens unterworfen hat, zu beurteilen ist. Zu denken ist dabei an eine Beurteilung der Kaufmannseigenschaft nach dem Heimatrecht des Ausländers, bzw. nach dem Recht des Unternehmenssitzes. Dafür wird vorgetragen, die funktionale Anknüpfung gebiete es hier, die Schutzbedürftigkeit des Ausländers nach seinem Heimatrecht zu bestimmen[13].
Das erscheint jedoch wenig überzeugend.
Eine starre Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft an das Heimatrecht des Ausländers würde ihrer Funktionsbezogenheit nicht gerecht werden. Bei der Schaffung des AGBG ist der deutsche Gesetzgeber davon ausgegangen, daß Kaufleute - § 24 AGBG differenziert wohlgemerkt nicht einmal zwischen Voll- und Minderkaufleuten - des Schutzes dieses Geset-

12 Staudinger-Schlosser § 10 Nr. 8 AGBG, Rdnr. 3; Sonnenberger, Festschrift für Ferid S. 377, 379. Beide weisen zu Recht darauf hin, daß § 10 Nr. 8 AGBG die Zulässigkeit der Rechtswahl behandelt, nicht aber das Zustandekommen des Verweisungsvertrags.

13 das meint wohl Hübner, NJW 1980, 2601, 2606, 2607, mißverständlich allerdings auf S. 2606/2607, wo es wohl richtig heißen muß:....."wer von seinem Heimatrecht als nicht so schutzwürdig angesehen wird".

zes nicht bedürfen. Die Schutzbedürftigkeit des AGB-Empfängers soll sich mithin danach richten, ob er die Kriterien der §§ 1 - 6 HGB erfüllt. Die Anwendung des § 10 Nr. 8 AGBG kommt Ausländern gegenüber also dann nicht in Betracht, wenn sie nach deutschem Recht Kaufleute wären und das fragliche Geschäft ihrem Handelsgewerbe zuzurechnen wäre[14].

bb) Das "anerkennenswerte Interesse"

Der Begriff des "anerkennenswerten Interesses" in § 10 Nr. 8 AGBG ist schwer faßbar und bedarf näherer Untersuchung. Sollte dadurch lediglich die durch die kollisionsrechtliche Rechtsprechung geschaffene, bisherige Rechtslage gesetzlich verankert werden oder sollte damit nicht eine weitergehende Beschränkung der Parteiautonomie intendiert sein[15]?
Wenn letzteres festzustellen wäre, kann die Vorschrift des § 10 Nr. 8 AGBG dies überhaupt leisten?
Führt man sich die Begründung des Gesetzgebers für diese Regelung[16] vor Augen, so soll es danach an einem anerkennenswerten Interesse regelmäßig fehlen, "wenn der Vertrag aufgrund einer im Inland entfalteten geschäftlichen Tätigkeit des Klauselverwenders zustandekommt und der im Inland ansäs-

14 so auch Brandner in: Ulmer-Brandner-Hensen § 24 Rdnr. 15; Jayme ZHR 142(1978), 115 Fn. 57a; Schlechtriem, Festschrift für Duden, S. 580

15 dafür etwa Kropholler, RabelsZ 42(1978), 634, 647

16 BR-Drucksache 360/75 S. 27

sige Kunde seine Willenserklärung im Inland abgibt. Ausnahmsweise kann jedoch auch in solchen Fällen die Vereinbarung der Geltung ausländischen Rechts gerechtfertigt sein, etwa dann, wenn der Vertrag über ein im Ausland gelegenes Grundstück oder ausländische Wertpapiere geschlossen wird. In solchen Fällen ist dann aber nur die Wahl des Rechts des Landes gerechtfertigt, zu dem die besondere Beziehung besteht".

Hiergegen wird sofort zu Recht der Einwand erhoben[17], daß danach die Rechtswahl gerade in Fällen ausgeschlossen sei, in denen § 12 AGBG ihre Zulässigkeit voraussetzt.
Zu der Auslegung des Begriffs "anerkennenswertes Interesse" mußte die Rechtsprechung bisher noch nicht Stellung nehmen.
In der Literatur gehen die Auffassungen zu dieser Frage weit auseinander. So wird teilweise vertreten, ein anerkennenswertes Interesse sei schon dann gegeben, wenn der zu beurteilende Sachverhalt Auslandbezüge aufweise[18], nach einer anderen Auffassung sei ein anerkennenswertes Interesse an der Wahl ausländischen Rechts nur zu verneinen, wenn der Vertrag ganz eindeutig engere Beziehungen zum Inland als zum Ausland aufweise[19].
Die Gegenansicht[20] hält das Interesse des Verwenders an der Wahl ausländischen Rechts nur unter

---

17 Sonnenberger, S. 379f.

18 Schlosser/Coester-Waltjen-Graba § 10 Nr. 8 AGBG Rdnr. 5; ders. in Staudinger, § 10 Nr. 8 AGBG Rdnr. 5; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, § 10 Nr. 8 AGBG, Rdnr. 4 in der 1. Aufl.; die 2. Aufl. schränkt dies dahingehend ein, daß der Auslandsbezug nicht mißbräuchlich zustandegekommen sein dürfe (§ 10 Nr. 8 Rdnr. 9).

19 Landfermann, RIW 1977, 445, 447; wohl auch MünchKomm.-Kötz, § 10 Nr. 8 AGBG, Rdnr. 41

20 so Koch-Stübing, AGBG, § 10 Nr. 8, Rdnr. 17; Palandt-Heinrichs, § 10 Nr. 8 AGBG Rdnr. 8; zustimmend auch Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen AGBG, § 10 Nr. 8, Rdnr. 7; auch Stoll S. 778

der Voraussetzung für anerkennenswert, daß es das Interesse des Verbrauchers an Schutz vor "mißbräuchlich gestalteten Geschäftsbedingungen" überwiegt.

Interpretiert man die Bestimmung des § 10 Nr. 8 AGBG nach den vier klassischen Kriterien des Wortlauts, der Systematik, der Teleologie und der Entstehungsgeschichte, so ergibt sich ein sehr widersprüchliches Bild:

Nachdem der ausfüllungsbedürftige Begriff des "anerkennenswerten Interesses" zu seiner eigenen Auslegung nichts hergibt, spricht die systematische Stellung dieser Bestimmung als Teil des AGBG gegen eine gesetzliche Festschreibung der bisher durch Richterrecht geschaffenen kollisionsrechtlichen Rechtslage. Hätte der Gesetzgeber letzteres gewollt, so hätte er das EGBGB entsprechend ändern müssen. Wie sich aus der Begründung des Gesetzentwurfs ergibt, scheint der Gesetzgeber eine weitgehende Beschränkung der kollisionsrechtlichen Rechtswahlfreiheit beabsichtigt zu haben; man könnte der Vorstellung des Gesetzgebers noch die aus teleologischer Auslegung gewonnenen Erkenntnisse an die Seite stellen, wenn es etwa ausreichte zu sagen, Sinn und Zweck des AGBG sei der Ver-

braucherschutz. Eine derart weitgefaßte Gesetzeszweckbestimmung vernichtete indessen die Brauchbarkeit der teleologischen Auslegung. Enthält der Gesetzeswortlaut - wie hier - dazu noch ausfüllungsbedürftige Begriffe, so geriete die Norm insgesamt in die Gefahr, dem verfassungsrechtlichen Gebot der Bestimmtheit nicht mehr Genüge leisten zu können.

Der Zweck des AGBG ist dagegen besser als Schutz des Verbrauchers gegen die Verwendung mißbräuchlicher Vertragsbestimmungen zu bezeichnen.

Der Gesetzgeber will den ihm schutzwürdig erscheinenden Personenkreis der Nicht-Kaufleute in den durch das AGBG gezogenen Grenzen vor Nachteilen bewahren, die ihm aufgrund vorformulierter Vertragsbestimmungen entstehen können. Wird die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen festgestellt, so kommen die gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung (§ 6 Abs. 2 AGBG). Damit sind die Grenzen des § 10 Nr. 8 AGBG aufgezeigt, das Verbot, ein ausländisches Recht ohne "anerkennenswertes Interesse" zu wählen, kann nur für Fälle gelten, in denen nicht schon die objektive Anknüpfung (etwa an das Recht des Erfüllungsortes der vertragscharakteristischen Leistung) zur Anwendung ausländischen Rechts führt.

Daher wird immer ein anerkennenswertes Interesse an einer Rechtswahlklausel in Fällen bestehen, in denen ohne Rechtswahl kraft Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen oder das Recht des die vertragstypische Leistung Erbringenden das entsprechende ausländische Recht maßgebend wäre[21]. Der Anwendungsbereich des § 10 Nr. 8 AGBG ist mithin auf Fälle reduziert, in denen ohne die Rechtswahlklausel kraft objektiver Anknüpfung deutsches Recht zur Anwendung käme.

Für diese Fälle, in denen der ausländische Verwender also versucht, sein Heimatrecht über eine Rechtswahlklausel in den AGB zur Anwendung zu bringen, lassen sich typisierende Regeln nur schwer aufstellen.

Sicher wird man nur sagen können, daß das "anerkennenswerte Interesse" des Verwenders an der Wahl seines Heimatrechts über das hinausgehend muß, was zur Rechtswahl nach allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsätzen ausreichend ist. Das Verwenderinteresse wird bei einer vorzunehmenden Abwägung das Kundeninteresse deutlich überwiegen müssen[22].

Hierfür Beispiele zu bilden stellt ein nahezu spekulatives Unterfangen dar. Vorstellbar wäre etwa, daß ein Gastarbeiter, der seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat mit einem auf dem deutschen Markt tätigen Unternehmen seiner

---

21 so auch Reichert-Facilides VersR 1978, 482; Landfermann, RIW 1977, 477; dagegen Jayme, ZHR 142(1978), 116, wonach das gewählte Recht bei Unwirksamkeit der Rechtswahl kraft objektiver Anknüpfung maßgebend sein könne; Graf v. Westphalen, WM 1978, 1312; Hübner, NJW 1980, 2604.

22 so auch Brandner aaO.

Heimat kontrahiert. Hier könnte - bei unterstellter objektiver Anknüpfung an deutsches Recht - das Interesse des Ausländers an dessen Anwendung hinter dem Verwenderinteresse zurücktreten, da der Ausländer mit seinem Heimatrecht meist noch besser vertraut ist, als mit dem deutschen Recht. Andererseits wird im Einzelfall noch zu berücksichtigen sein, ob das Kundeinteresse nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß das ausländische Recht ein Minus an "Verbraucherschutz" enthält.

Sehr zweifelhaft ist, ob ein "anerkennenswertes Interésse" im Sinne des § 10 Nr. 8 AGBG auch dann gegeben ist, wenn der AGB-Verwender seine Kunden zum Vertragsschluß ins Ausland verbringt, wie es bspw. bei den sogenannten Kaffeefahrten geschieht. Auch hier wäre zunächst nach objektiven Gesichtspunkten anzuknüpfen, wobei dem Abschlußort, dem ansonsten wegen seiner oft rein zufälligen Natur nur geringe Bedeutung zukommt[23], hier keine Bedeutung beizumessen ist.
Führt diese Anknüpfung zu der Anwendbarkeit deutschen Rechts, so wird für eine formularmäßige Abweichung hiervon ein anerkennenswertes Interesse des Verwenders regelmäßig wohl nicht bestehen, da der Abschlußort für sich allein niemals ein solches rechtfertigen kann.
Anders hingegen wird der Fall zu beurteilen sein,

---

23 MünchKomm.-Martiny, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 58 m.w.N.

wenn schon kraft objektiver Anknüpfung ausländisches Recht zur Anwendung gelangt, bspw. der Verwender selbst Ausländer ist und der Vertrag seinen Schwerpunkt im Ausland hat.
Hier werden wohl keine Einwendungen dagegen zu erheben sein, daß das ausländische Recht nun auch vertragsmäßig zur Anwendung berufen wird[24].

Ist nach vorstehenden Überlegungen ein anerkennenswertes Interesse des ausländischen AGB-Verwenders an der Wahl ausländischen Rechts gegeben, so ist weiter zu prüfen, ob der Verwender dann nicht nur zur Wahl des Rechts berechtigt ist, das mit dem getätigten Rechtsgeschäft eine besondere Beziehung aufweist, sondern ob ihm dann auch die Wahl eines "neutralen" Rechts gestattet ist[25].
Eine Auslegung des § 10 Nr. 8 AGBG am Schutzzweck ergibt, daß das Interesse des AGB-Verwenders an der Geltung ausländischen Rechts nicht gleichbedeutend ist mit dem Interesse an der Nicht-Geltung deutschen Rechts, sondern darüber hinaus das Interesse an der Geltung einer konkreten ausländischen Rechtsordnung erfordert[26]. Bei ausländischn Firmen, die schwerpunktmäßig an ihrem Unternehmenssitz tätig sind, wird dieses Interesse eben bezüglich des dort geltenden Rechts gegeben sein.
Ob es Umstände geben kann, die zu einem anerken-

---

24 anders anscheinend MünchKomm.-Kötz, § 10 Nr. 8 AGBG, Rdnr. 41 a.E.

25 das bejahen Graf v. Westphalen in: Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, AGBG, § 10 Nr. 8, Rdnr. 10; Staudinger-Schlosser, AGBG, § 10 Nr. 8, Rdnr. 6; einschränkend Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 10 Nr. 8, Rdnr. 11;
ablehnend hingegen Bendref, RIW 1980, 386, 388

26 Graf v. Westphalen aaO.

nenswerten Interesse an der Geltung eines "neutralen" Rechts führen, ist sehr zu bezweifeln.

cc) § 10 Nr. 8 AGBG als allseitige Kollisionsnorm

Deutsche Unternehmen werden sich indessen die Frage stellen müssen, ob § 10 Nr. 8 AGBG von deutschen Gerichten auch zur Einschränkung der durch die Parteiautonomie gegebenen Möglichkeit, mit ausländischen Verbrauchern die Geltung deutschen Rechts zu vereinbaren, herangezogen werden könnte.

Stimmen in der Literatur[27] befürworten eine derartige entsprechende, "spiegelbildliche"[28] Anwendung des § 10 Nr. 8 AGBG.
Zur Begründung dieser Ansicht wird die Feststellung getroffen, daß es im Internationalen Privatrecht nichts Ungewöhnliches sei, eine einseitige Kollisionsnorm (scil. § 10 Nr. 8 AGBG) zu einer allseitigen auszuweiten. Jedenfalls könne man über § 9 AGBG zur Anwendung einer dem § 10 Nr. 8 AGBG inhaltsgleichen Beschränkung auch für die Vereinbarung deutschen Rechts mit ausländischen Kunden kommen[29].

---

27 RIW 1977, 447ff.; Staudinger-Schlosser, § 10 Nr. 8, Rdnr. 8

28 so Schlosser aaO.

29 Landfermann aaO.

Dagegen spricht allerdings die eindeutige Formulierung der Vorschrift. Hätte der Gesetzgeber auch eine Einschränkung der Wahl deutschen Rechts gegenüber Ausländern gewollt, so hätte § 10 Nr. 8 AGBG anders formuliert werden müssen.

Ferner kann eine allseitige Anwendung des § 10 Nr. 8 AGBG nicht danach unterscheiden, ob der Verbraucherschutz im Heimatrecht des Ausländers weiter entwickelt ist, als im deutschen Recht; keinesfalls darf sich das Interesse des Ausländers an der Geltung seines Heimatrechts danach beurteilen, ob ihm dieses günstigere Ergebnisse bringt.

Es bieten sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber § 10 Nr. 8 AGBG im Sinne einer Meistbegünstigungsklausel verstanden wissen wollte, dann wäre nämlich auch § 12 AGBG überflüssig. Ferner müßte § 10 Nr. 8 AGBG die Wahl ausländischen Rechts jedenfalls dann auch gegenüber deutschen Kunden gestatten, wenn diesen das ausländische Recht günstiger ist.

Die von *Schlosser*[30] vertretene Ansicht, es bestehe aller Anlaß, dem ausländischen Vertragspartner die "Segnungen" seines Heimatrechts zu sichern, ist daher recht zweischneidig.
Ferner spricht gegen eine entsprechende Anwendung

30 aaO.

des § 10 Nr. 8 AGBG, daß die Wahl deutschen Rechts auch den durch das AGBG gewährten Verbraucherschutz mitumfaßt, dessen Umgehung § 10 Nr. 8 AGBG gerade verhindern wollte[31].

Auch ist sehr zweifelhaft, ob, wie *Landfermann*[32] hilfsweise vorschlägt, die Wahl deutschen Rechts gegenüber Ausländern über § 9 AGBG entsprechend beschränkt werden kann.
Als gesetzliche Regelung, von deren wesentlichen Grundgedanken ein Abweichen eine unangemessene Benachteiligung indiziert, ist hier jedoch nicht § 10 Nr. 8 AGBG in der von *Landfermann* vertretenen Interpretation anzusehen, sondern die durch Richterrecht geschaffene, objektive Anknüpfung.

Das bedeutet also, daß eine Rechtswahlklausel, die die Wahl deutschen Rechts gegenüber Ausländern vorsieht, nur dann gegen § 9 AGBG verstößt, wenn kraft objektiver Anknüpfung ausländisches Recht berufen wäre.

---

31 Jayme, ZHR 142(1978), 117

32 aaO.

2. Bestimmung des anwendbaren Rechts, wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben

Haben die Parteien sich zu der Frage, nach welcher Rechtsordnung die zwischen ihnen bestehenden vertraglichen Beziehungen beurteilt werden sollen, nicht ausdrücklich geäußert, sich auch nicht stillschweigend hierauf geeinigt, etwa durch die Vereinbarung eines einheitlichen Gerichtsstandes, eines institutionellen Schiedsgerichts, die Benutzung von Formularen oder die Bezugnahme auf Usancen, die auf einem bestimmten Recht aufbauen oder durch ihr späteres Verhalten im Prozeß[33], so muß das Gericht das anzuwendende Recht aufgrund des hypothetischen Parteiwillen bestimmen.
Dabei ist unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses durch eine Interessenabwägung auf objektiver Grundlage zu ermitteln[34].

---

33 vgl. Sandrock-Steinschulte, Bd. 1, Abschn. A, Rdnr. 46

34 BGHZ 17, 89; 19, 110; 57, 72; 61, 221; BGH RIW 1977, 294

3. Rechtswahl der Parteien durch kollisionsrechtlichen Verweisungsvertrag

a) Abgrenzung zur materiellrechtlichen Verweisung

Die Wahl des Rechts, dem die Parteien ihre vertraglichen Beziehungen unterstellen wollen, hat vertraglichen Charakter[35] und ist regelmäßig kollisionsrechtlicher Natur. Damit steht der Vertrag vollständig unter der Herrschaft des gewählten Rechts; die zwingenden Vorschriften des ohne die Rechtswahl berufenen Rechts finden keine Anwendung.

Anders hingegen ist es bei der materiellrechtlichen Verweisung. Hier werden die vertraglichen Beziehungen grundsätzlich von dem an sich maßgebenden Recht (wenn beide Parteien Deutsche sind, bspw. dem deutschen) bestimmt; soweit dieses Recht dispositive Normen enthält, können die Parteien als Ausfluß ihrer Privatautonomie an deren Stelle auch Regelungen einer ausländischen Rechtsordnung setzen. Für eine materiellrechtliche Verweisung ist somit auch kein anerkennenswertes Interesse erforderlich.

---

35 Soergel-Kegel, vor Art. 7 EGBGB, Rdnr. 233; MünchKomm-Martiny, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 9

b) Ermittlung der Rechtsordnung, nach der sich das Zustandekommen des Verweisungsvertrags beurteilt

Kommt es zwischen den Parteien eines kollisionsrechtlichen Verweisungsvertrages zu Meinungsverschiedenheiten, so wird in aller Regel zunächst die Frage einer Klärung bedürfen, ob der Verweisungsvertrag wirksam zustandegekommen ist, oder nicht.
Schwierigkeiten macht es dabei, die zur Beurteilung des Zustandekommens maßgebliche Rechtsordnung zu ermitteln, eine gesetzliche Regelung hierzu fehlt im deutschen Kollisionsrecht. Auch aus § 10 Nr. 8 AGBG kann nicht gefolgert werden, das deutsche Recht sei dazu berufen, über das Zustandekommen des Verweisungsvertrags zu entscheiden[36].

Es ergibt sich hierzu folgender Meinungsstand:

---

36 Sonnenberger, Festschrift für Ferid, S. 377, 379.

aa) Rechtsprechung:

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat die Frage, ob sich das Zustandekommen des Verweisungsvertrages nach der lex fori oder nach der Rechtsordnung, auf die der Vertrag verweist, beurteilt, ausdrücklich offengelassen[37]. Hingegen will das LG Mainz[38] die lex fori über die Wirksamkeit einer Rechtswahlvereinbarung entscheiden lassen, da es nach seiner Auffassung ein Zirkelschluß sei, die Frage des Zustandekommens des Verweisungsvertrags nach dem Recht zu beurteilen, auf das der Verweisungsvertrag verweisen soll.

bb) Literatur:

In der Literatur wird teilweise die Anwendung der lex fori befürwortet[39], von Haudek[40] wird dies mit dem Argument begründet, die Zulässigkeit des Verweisungsvertrags müsse ja auf einem Kollisionsrechtssatz beruhen. Raape[41] ist der Ansicht, neben der lex fori sei auch in gewissem Maß das Wohnsitzrecht der Parteien zu berücksichtigen. Dagegen wird eingewendet, die Beurteilung des Verweisungsvertrags nach der lex fori führe zu unbefriedigenden Ergebnissen, wenn es sich beispielsweise um Geschäfte zwischen Ausländern im Ausland

---

37 BGH NJW 1970, 999, 1000

38 AWD 1972, 298 mit kritischer Anmerkung von Ebsen/Jayme

39 Ferid, Rdnr. 6-18; Palandt-Heinrichs, Vorbem. 2 a bb vor § 12 EGBGB

40 Die Bedeutung des Parteiwillens im Internationalen Privatrecht S. 89

41 S. 468

handele[42]; die Wirksamkeit des Verweisungsvertrags sei daher nach dem für den Vertrag in Aussicht genommenen Recht zu beurteilen[43].
Ungnade[44] hält eine Anknüpfung des Verweisungsvertrags an die lex fori für unpraktikabel. Da der Hauptvertrag an das gewählte Statut anzuknüpfen sei, sei das Zustandekommen beider Verträge dann nach unterschiedlichen Statuten zu beurteilen. Wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit spricht er sich für die Anwendung des von den Parteien für den Hauptvertrag in Aussicht genommenen Rechts auch für die Beurteilung des Zustandekommens des Verweisungsvertrags aus.

cc) Eigene Stellungnahme:

Für den Fall, daß ein objektiver Wille beider Parteien hinsichtlich der Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung auf den Vertrag feststellbar ist, wird es den Interessen der Parteien am ehesten gerecht, diese Rechtsordnung auch als Maßstab für die Prüfung des Zustandekommens des Verweisungsvertrags anzuwenden[45]. Logische Bedenken, wie vom LG Mainz[46] vorgetragen, greifen dagegen nicht durch. Es ist nicht ersichtlich, wieso ein Zirkelschluß darin liegen sollte, das Recht nach dem Rechtswirkungen in Betracht kommen, auch darüber

42 so Soergel-Kegel, Rdnr. 234 vor Art. 7 EGBGB unter Berufung auf Melchior S. 520; ähnlich auch Reithmann-Martiny, Rdnr. 92 und Ungnade, WM 1973, 1130, 1131, die die Anwendung der lex fori jedenfalls bei im Ausland geschlossenen Verträgen für unsachgemäß halten; Sonnenberger, S. 378 schließt sich dieser von ihm für "herrschend" gehaltenen Auffassung an, ebenso Sandrock-Steinschulte, Bd. 1, Abschn. A, Rdnr. 124

43 Staudinger-Firsching, Rdnr. 337 vor Art. 12 EGBGB; ders., Einführung in das IPR, § 33 2 a bb; MünchKomm-Martiny, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 10; MünchKomm-Spellenberg, vor Art. 11 EGBGB, Rdnr. 24

44 WM 1973, 1131

entscheiden zu lassen, ob die Voraussetzungen seiner Anwendung vorliegen[47]. Kollisionsrechtlich ist das Vertragsstatut mindestens genauso gut geeignet, das Zustandekommen des Verweisungsvertrags zu beurteilen, wie die übrigen in Betracht kommenden Rechtsordnungen. Läßt sich jedoch ein tatsächlicher Wille einer Partei bezüglich der Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung auf den Vertrag nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, wird - wie bei AGB häufig der Fall - das auf den Hauptvertrag anzuwendende Recht von einer Partei einseitig bezeichnet, so rechtfertigt es die im deutschen Internationalen Privatrecht herrschende Parteiautonomie nicht, dieses Recht für die Prüfung der Wirksamkeit des Zustandekommens des Verweisungsvertrags heranzuziehen. Dies würde nämlich bedeuten, wie *Martiny*[48] zu Recht feststellt, daß schon ein einseitiges Zusenden der Bedingungen das anwendbare Recht präjudizierte. Die Parteiautonomie gewährleistet nur die Rechtswahl durch beide Parteien, müßte daher richtiger als "Parteienautonomie" bezeichnet werden.

Doch auch durch eine Anknüpfung des Verweisungsvertrags an die lex fori wird für dieses Problem nichts gewonnen.

Gegen sie spricht vielmehr der Umstand, daß die lex fori bei Vertragsschluß zumeist noch nicht feststeht und ferner die Tatsache, daß es der

---

45 so auch Stoll, S. 769; ebenso v. Hoffmann, RabelsZ 72, 510, 519, der in diesem Zusammenhang vom "Anschein eines faktischen gemeinsamen Willens" spricht, für welchen es genüge, daß die Klausel sich aus einem von beiden Parteien unterzeichneten Schriftstück ergibt, auch wenn dieses Schriftstück zunächst nur auf die AGB verweist, in denen sich die Klausel findet.

46 vgl. oben Fn. 38

47 so auch MünchKomm.-Spellenberg, vor Art. 11 EGBGB, Rdnr. 24

48 in MünchKomm., vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 92

Rechtssicherheit eher abträglich ist, Haupt- und Verweisungsvertrag auseinanderzureißen und verschiedenen Statuten zu unterstellen.

Allerdings bedarf die grundsätzlich vorzunehmende Anknüpfung des Verweisungsvertrags an das präsumtive Vertragsstatut dann einer Korrektur, wenn eine Partei ihre Billigung nicht oder nicht mit hinreichender Deutlichkeit ausgesprochen hat, wenn sie insbesondere geschwiegen hat.

Dieser Problematik soll im folgenden nachgegangen werden. Dabei wird der häufigste Fall zugrundegelegt, daß der Verweisungsvertrag durch eine in AGB enthaltene Rechtswahlklausel zustandekommen soll.

4. Besonderheiten der Anknüpfung beim Zustandekommen des Verweisungsvertrags durch AGB

a) Anknüpfung der Einbeziehung der AGB (Angebot des Verweisungsvertrags)

Zunächst stellt sich die Frage, in welcher Form die AGB dem Geschäftspartner zur Kenntnis gebracht werden müssen, damit sie wirksam in den Vertrag einbezogen werden und gleichzeitig - bezüglich der enthaltenen Rechtswahlklausel - ein wirksames Angebot auf Abschluß eines Verweisungsvertrags darstellen. Ausgehend von dem Grundsatz, daß das Wirkungsstatut auch über das Zustandekommen des Vertrags entscheidet, sind die Einbeziehungsvoraussetzungen für AGB dort zu suchen.
Indessen wird in der Literatur vereinzelt vertreten[49], die Frage der Einbeziehung von AGB in die Vertragsverhandlungen sei gesondert anzuknüpfen. Dies ergebe sich aus dem besonderen Schutzbedürfnis der mit AGB konfrontierten Partei.
Ein Schutzbedürfnis des AGB-Empfängers bezüglich des von ihm nicht gewünschten Angebots auf Abschluß eines Verweisungsvertrags ist jedoch nicht ersichtlich; wie unten noch zu zeigen ist, kommt ein Verweisungsvertrag durch bloßes Schweigen des AGB-Empfängers noch nicht zustande. Werden die AGB

49 Drobnig, S. 605; daß Raape, S. 495 dieser Auffassung zuneigt, ist kaum wahrscheinlich. Seine Ausführungen haben ausschließlich den Schutz des Offerenten im Auge.

jedoch ausdrücklich vereinbart und wird das Vertragsstatut durch sie festgelegt, so bestehen keine Bedenken dagegen, die Einbeziehung nach dem Vertragsstatut zu prüfen[50].

Schwieriger ist die Rechtslage allerdings bei sogenannten branchenüblichen AGB[51], insbesondere wenn deutsches Recht als Vertragsstatut in Betracht kommt, das ja an die Einbeziehung von AGB nur geringe Anforderungen stellt.
Diese Fallkonstellation bedarf größerer Aufmerksamkeit. Die Rechtsprechung hat die Einbeziehung von branchenüblichen AGB (insbesondere den ADSp) auch gegenüber ausländischen Kunden an nahezu keine Voraussetzungen geknüpft[52].
Beispielhaft ist die Entscheidung des LG Hamburg vom 14.6. 1968[53] in der die Auffassung vertreten wurde, von einem ausländischen Spediteur, der einen deutschen Spediteur beauftrage, müsse grundsätzlich die Kenntnis verlangt werden, zu welchen Bedingungen letzterer arbeite; diese Kenntnis gehöre angesichts der internationalen Verflechtung des Transportgeschäfts zum "Grundwissen" eines jeden Spediteurs.
In gleichem Maße ließ das OLG Frankfurt in einer Entscheidung vom 14. Juli 1969[54] die kollisionsrechtliche Problematik außer Betracht, in der es zur Ansicht gelangte, wer in der Bundesrepublik

---

50 MünchKomm.-Martiny, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 90

51 Drobnig S. 607 weist darauf besonders hin

52 BGH NJW 1976, 2075; NJW 1971, 2126 (die AGB der Banken betreffend); OLG München RIW 1974, 279; BGH NJW 1973, 2154; BGH WM 1974, 1118

53 MDR 1968, 764

54 AWD/RIW 1969, 454

Geschäfte mache, müsse sich auch nach den hier geltenden Regeln behandeln lassen.
In beiden Fällen gingen die Gerichte - ohne nähere Überlegungen anzustellen - davon aus, daß die Frage der Einbeziehung der ADSp nach deutschem Recht zu beurteilen ist.
In einer Entscheidung vom 2. Oktober 1970[55] hat der 1. Zivilsenat des BGH vor der Prüfung der Unterwerfung der Beklagten unter die ADSp festgestellt, daß das deutsche Recht qua Parteivereinbarung zur Entscheidung hierüber berufen ist. Derselbe Senat behandelt auch in seinem Urteil vom 18. Juni 1971[56] nicht die Frage, nach welchem Recht sich die Einbeziehung von AGB in einen Vertrag beurteilt. Im Urteil vom 13. Juli 1973[57] hingegen deutet der BGH die kollisionsrechtliche Problematik an, indem er sagt, das "Wissenmüssen" eines Ausländers über die Einbeziehung der ADSp genüge nur, wenn deutsches Recht anwendbar sei. Zur Einbeziehung der ADSp machte der 1. Senat des BGH in einer Entscheidung vom 7. Juli 1976 weitere Ausführungen[58]. Der Senat, der die Prüfung der Einbeziehung der ADSp nach deutschem Recht vornahm (dies war im zu entscheidenden Fall unstreitig gewesen), vertrat die Auffassung, bei dem klagenden ausländischen Nicht-Spediteur könne die Kenntnis der ADSp nicht ohne weiteres verlangt werden. Hier bedürfe es entweder eines ausdrücklichen Hinwei-

---

55 VersR 1971, 123

56 NJW 1971, 2126

57 NJW 1973, 2124

58 NJW 1976, 2075

ses, daß die ADSp Vertragsinhalt sein sollen oder im Einzelfall rechtfertigten besondere Umstände das Kennenmüssen der ADSp seitens des anderen Vertragspartners auch ohne Hinweis.
Zur Klärung der Frage, ob die Klägerin wußte oder wissen mußte, daß die deutschen Spediteure nach den ADSp arbeiten, verwies der BGH die Sache an das OLG zurück.
Wenn dies der Fall sei, so gibt der BGH weiter zu bedenken, komme es darauf an, ob nach dem Heimatrecht der Klägerin Schweigen als Zustimmung zur Einbeziehung der ADSp gewertet werden könne, wenn nein, sei zu prüfen, ob die Klägerin im konkreten Fall damit rechnen durfte, daß ihr Verhalten nach ihrem Heimatrecht beurteilt werde. Diese Entscheidung des BGH zeigt, daß sich die Sonderanknüpfung des Schweigens auch bei der Einbeziehung branchenüblicher AGB durchgesetzt hat. Anders als von Drobnig[59] vorgeschlagen, knüpft der BGH hier die Annahme der AGB gesondert - in der Form der Mitberücksichtigung des Heimatrechts - an, das Urteil prüft nicht, ob nicht schon die Frage des "Angebots der AGB" hätte unter Berücksichtigung des Heimatrechts des AGB-Empfängers beurteilt werden müssen.
Beauftragt ein ausländischer Spediteur einen inländischen, so wird nach Feststellung der Anwend-

59 aaO. S. 607

barkeit deutschen Rechts kraft objektiver Anknüpfung in aller Regel Kenntnis der ADSp vermutet[60].

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, insbesondere bei branchenüblichen AGB gebiete es das Schutzinteresse der anderen Partei, deren Heimatrecht für die Frage der Einbeziehung der AGB in die Vertragsverhandlungen zumindest mit zu berücksichtigen[61].
Eine weitere Auffassung spricht sich generell für eine Sonderanknüpfung aller Fragen aus, die für das vorkonsensuale Verhalten der Parteien von Bedeutung sind, insbesondere entscheide sich die Frage, ob AGB wirksam in den jeweiligen Vertrag einbezogen worden sind, nach dem jeweiligen Recht des Offerenten[62].

Jayme[63] will Art. 7 Abs. 3 EGBGB den Gedanken entnehmen, das Verkehrsinteresse setze sich gegenüber dem Individualinteresse durch, wenn der Ausländer im Inland aufgetreten sei. Im Gegenschluß dazu unterstehe bei Distanzverträgen die Einbeziehung von AGB dem Recht am Geschäftssitz der anderen Partei.

Dagegen ist festzustellen, daß es das Schutzbedürfnis des AGB-Empfängers nicht in vollem Umfang befriedigt, wenn sein Heimatrecht lediglich bei

---

60 Dahin geht die Tendenz der Urteile OLG Hamburg RIW 1977, 279 und BGH RIW 1982, 55

61 das meint wohl Drobnig, S. 607 mit der Formulierung, der Schutz der mit AGB konfrontierten Partei sei auch auf die Einführung von AGB in die Vertragsverhandlungen auszudehnen.

62 Graf v. Westphalen WM 1978, 1310, 1311; Hepting, RIW 1975, 457, 461; Jayme, ZHR 142(1978), 105, 121

63 aaO.

der Frage mitberücksichtigt wird, ob sein Schweigen eine Annahme des Verweisungsvertrages bedeutet. Schließlich wäre durchaus denkbar, daß das Heimatrecht des AGB-Empfängers hohe Anforderungen an die Einbeziehung von AGB stellt, die Anforderungen an den Ausdruck der Zustimmung des AGB-Empfängers sehr gering hält.

Angenommen ein Engländer schließt von England aus einen Vertrag mit einer deutschen Bank oder einem Spediteur; diese weisen zwar auf ihne AGB hin, bringen den Text derselben jedoch nicht dem anderen Vertragsteil zur Kenntnis. Nach englischem Recht muß der AGB-Verwender alles den Umständen Angemessene tun, um die Geschäftsbedingungen seinem Vertragspartner zur Kenntnis zu bringen:"reasonable sufficiency of notice"[64].
Danach wären - anders als im deutschen Recht - die AGB nicht Vertragsinhalt geworden. Hier erscheint es ungerecht, das Vertrauen des Engländers darauf, daß durch einen bloßen Hinweis die AGB nicht Vertragsinhalt werden, nicht schützen zu wollen[65]. Vielmehr müßte in solchen Fällen die Frage der Einbeziehung von AGB kumulativ nach dem Schuldstatut und dem Heimatrecht des AGB-Empfängers anzuknüpfen sein. Nur so kann das nach seinem Heimatrecht begründete Vertrauen des AGB-Empfängers

64 Sandrock-Beckmann Bd. 1, Abschn. B, Rdnr. 126

65 ebenso Hepting, RIW 1975, 463f.

in die Nicht-Einbeziehung der AGB geschützt werden.

b) Anknüpfung beim Schweigen des Empfängers auf AGB

Schweigt der Empfänger auf ihm zugesandte AGB, die die Anwendung eines ausländischen Rechts für den Vertrag vorsehen, so stellt sich die Frage, ob dieses Schweigen als Zustimmung zu den AGB und damit auch als Annahme des darin enthaltenen Angebots auf Abschluß eines Verweisungsvertrags zu werten ist oder ob nicht das Schweigen als rechtsgeschäftlich irrelevantes Verhalten angesehen werden muß.
Nun mag dem Schweigen in den verschiedenen Rechtsordnungen jeweils eine andere Bedeutung zukommen. Es ist daher von größter Wichtigkeit, nach welcher Rechtsordnung das Schweigen des AGB-Empfängers zu beurteilen ist.

aa) die Entwicklung der Rechtsprechung

Bereits in einer Entscheidung vom 9. Dezember 1964[66] deutete der BGH die Möglichkeit an, die Willenserklärung einer jeden Partei gesondert nach deren Heimatrecht zu prüfen und das Zustandekommen des Vertrags dann zu bejahen, wenn beide Willenserklärungen rechtswirksam seien. Diese Tendenz fand ihre Fortsetzung im sogenannten Küchenmöbelfall, den der BGH am 22. September 1971 zu entscheiden hatte[67].

Der BGH hatte hier zu prüfen, ob eine Gerichtsstandsklausel, die in den auf der Rückseite einer Auftragsbestätigung aufgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten war, Vertragsinhalt wurde. Der BGH wiederholte zu Beginn der hier interessierenden Ausführungen den Grundsatz, daß das sogenannte Wirkungsstatut grundsätzlich auch darüber zur Entscheidung berufen sei, ob überhaupt ein gültiges Geschäft zustandegekommen ist.
Rücksicht zu nehmen sei aber auf das Wohnsitzrecht des Schweigenden, so die weiteren Überlegungen des BGH, wenn streitig sei, ob dem Schweigen überhaupt rechtsgeschäftliche Bedeutung zukomme. Sei nach dem Wohnsitzrecht das Verhalten rechtlich irrelevant, so könne dies auch dann nicht unberücksich-

66 BGHZ 43, 21

67 BGHZ 57, 72ff. = NJW 1972, 391ff.

tigt bleiben, wenn es nach dem Wirksamkeitsstatut rechtlich relevant sei. Man könne nämlich einer Partei nicht ohne weiteres ein Verhalten als Willenserklärung anrechnen, wenn sie nach ihrem Heimatrecht mit einer solchen Qualifizierung nicht zu rechnen brauchte[68].

In einer späteren Entscheidung vom 13. Juli 1973[69] reduzierte der BGH gleich wieder den Anwendungsbereich dieser Ausnahme. Es dürfe der Grundsatz, daß das Wirkungsstatut auch für die Beurteilung vorvertraglicher Verhältnisse maßgebend sei, dann nicht durchbrochen werden, wenn der Betroffene nach den Umständen des Geschäftsabschlusses nicht damit rechnen dürfe, daß sein Verhalten nach seinem Heimatrecht beurteilt werde. Dies sei dann der Fall, wenn der Vertrag in Deutschland geschlossen werde.

---

68 ebenso BGH NJW 1976, 2075 und neuestens BGH IPrax 1983, 68 = RIW 1982, 589

69 NJW 1973, 2154

bb) die Auffassungen in der Literatur

Den Auffassungen im Schrifttum ist das Bestreben gemeinsam, den AGB-Empfänger vor einer von ihm nicht gewünschten Einbeziehung von AGB zu schützen.
Die hierzu vorgetragenen Lösungsvorschläge weichen zwar im Detail auf vielfältige Weise voneinander ab, lassen sich grob jedoch in zwei Bereiche aufteilen. Zum einen wird vorgeschlagen, das Schweigen grundsätzlich isoliert anzuknüpfen, zum anderen wird ausgehend vom Primat des Schuldstatuts versucht, das Schweigen des AGB-Empfängers materiellrechtlich bzw. kollisionsrechtlich zu berücksichtigen.

- die Sonderanknüpfung als Lösungsansatz

Ein beträchtlicher Teil[70] der Literatur spricht sich generell für eine Sonderanknüpfung der Annahme von AGB aus.
Diese sollten an das Umweltrecht des AGB-Empfängers (i.e. das Recht, das an seinem Geschäftssitz oder gewöhnlichen Aufenthalt gilt) angeknüpft werden; abstrakter formuliert, an "die Rechtsordnung, in die das Einzelverhalten der jeweiligen Partei

70 Jayme, ZHR 142(1978), 105, 121; ders., Kollisionsrecht und Bankgeschäfte, S. 19ff.; Graf v. Westphalen, WM 1978, 1310ff.; Drobnig S. 604; Kronke, NJW 1977, 992f.; Buchmüller, Urteilsanmerkung in NJW 1977, 501; Hepting, RIW 1975, 457, 462; wohl auch Reithmann-Martiny, Rdnr. 105, der grundsätzlich an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der schweigenden Partei anknüpfen möchte; mit Einschränkungen auch Lorenz, AcP 159(1961/1962), 193, 215

eingebettet erscheint"[71].
Wenn dies von den Vertretern dieser Auffassung begründet wird, so werden hierfür überwiegend Gesichtspunkte der Billigkeit vorgetragen[72].
Unterschiedlich ist allerdings die Tragweite der Sonderanknüpfung: sie wird von verschiedenen Autoren für den Fall abgelehnt, daß sich der AGB-Empfänger in das Land seines Vertragspartners begibt[73].
Vereinzelt wird auch vorgeschlagen[74], das Zustandekommen der Rechtswahlvereinbarung durch eine in AGB enthaltene Rechtswahlklausel nach dem objektiv bestimmten Schwerpunktrecht zu beurteilen.

- die Korrektur des Vertragsstatuts als Lösungsansatz

Verschiedene Autoren wollen dem schweigenden AGB-Empfänger nicht auf kollisionsrechtlicher Ebene, sondern auf materiellrechtlicher Ebene helfen. So meint *Linke*[75], wenn das Hauptproblem in der Unzumutbarkeit der Anwendung des innerstaatlichen Rechts auf ausländische Beteiligte liege, so liege es doch gegenüber einer Sonderanknüpfung näher, die Anwendung der nationalen Rechtsregeln zu modifizieren.

---

71 Hepting aaO.

72 so etwa Drobnig aaO.

73 Jayme aaO., der diesen Gedanken aus Art. 7 Abs. 3 EGBGB herleiten will

74 so v. Hoffmann, RabelsZ 36(1972), 510, 521

75 ZvglRW 80(1979), 1, 38

Auch *Stoll*[76] sieht es grundsätzlich als Aufgabe des materiellen Rechts an, die schweigende Partei vor dem Abschluß eines Vertrages zu schützen, den sie so nicht wolle.
Bezüglich der Frage, nach welcher Rechtsordnung sich das Schweigen des AGB-Empfängers auf eine Rechtswahlklausel beurteilt, hält er dafür, daß sich insoweit die materiellrechtlichen Vorschriften über die Einbeziehung von AGB nicht übertragen ließen. Das IPR müsse die erforderlichen Maßstäbe selbst entwickeln, um den Vertragspartner der die Rechtswahlklausel verwendenden Partei "vor der leichtfertigen Fiktion oder der vorschnellen Vermutung seiner Zustimmung zu schützen".

Spellenberg[77] will die rechtsgeschäftliche Bindung des AGB-Empfängers zunächst durch Auslegung des anscheinend gewählten Rechts ermitteln.
Nur für den Fall, daß dieses im Gegensatz zum Umweltrecht der Partei eine rechtsgeschäftliche Bindung bejahe, sei das Umweltrecht des Schweigenden kumulativ heranzuziehen. Dogmatisch handele es sich dabei um eine zusätzliche materielle Anforderung an die Gültigkeit einer Rechtswahl.

Canaris[78] spricht sich ebenfalls für eine Berücksichtigung der Ausländereigenschaft im Rahmen des materiellen Rechts aus; da jedoch beim Bank-

76 S. 759, 766

77 in MünchKomm vor Art. 11 EGBGB, Rdnr. 45

78 Rdnr. 2504, 2511

vertrag internationalprivatrechtlich bereits nach objektiver Anknüpfung das Recht der Bank Schuldstatut ist[79], lassen die Ausführungen nicht erkennen, ob auch das Problem des Schweigens des AGB-Empfängers auf eine Rechtswahlklausel mit den Mitteln des materiellen Rechts zu lösen ist.

Eine weitere Auffassung hält grundsätzlich an der Anknüpfung auch vorkonsensualer Elemente an das Wirkungsstatut fest[80]. Lediglich für bestimmte Einzelfälle sollen Ausnahmen gelten. Beispielsweise beim Schweigen auf übersandte AGB soll das ausländische Recht Berücksichtigung[81] finden, es soll die Funktion eines "zusätzlichen Vetos"[82] haben.

cc) **Eigene Auffassung:**

Wenn der AGB-Empfänger bei einem Distanzgeschäft auf ihm zugesandte AGB schweigt, widerspricht es dem Gerechtigkeitsgedanken, dieses Schweigen nach der vom AGB-Verwender gewünschten Rechtsordnung zu beurteilen[83]. Auch bei AGB ohne Rechtswahlklausel sollte der AGB-Empfänger billigerweise nicht damit rechnen müssen, sein Schweigen werde nach dem nach

---

79 Canaris, Rdnr. 2503; MünchKomm-Martiny, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 274

80 Staudinger-Firsching, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 157; Soergel-Kegel, vor Art. 7 EGBGB, Rdnr. 234; Palandt-Heldrich, vor Art. 12 EGBGB, Anm. 4a; Schütze, DB 1978, 2301ff.; Ungnade, WM 1973, 1130ff.

81 Schütze aaO.

82 Soergel-Kegel, aaO., Rdnr. 197

83 MünchKomm.-Martiny vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 92

objektiven Kriterien ermittelten Vertragsstatut bewertet. Vielmehr sollte er darauf vertrauen dürfen, daß passives Verhalten keine weitergehenden Wirkungen erzeugt, als diejenigen, die ihm sein Heimatrecht zuordnet.

Allerdings läßt sich hieraus keine grundsätzliche Anknüpfung des Schweigens an das Umweltrecht des Schweigenden herleiten; das würde zu wenig die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls berücksichtigen.
Außerdem ist m.E. mit dem Instrumentarium der Sonderanknüpfung zugunsten der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit möglichst sparsam umzugehen.
Es ist nicht einzusehen, warum AGB etwa dann Vertragsbestandteil werden sollen, wenn das Schweigen des AGB-Empfängers zwar nach seinem Umweltrecht, nicht jedoch aber nach dem für den Hauptvertrag gewählten Recht Zustimmung bedeutet. Das aber wäre jedoch die Konsequenz einer isolierten Anknüpfung des Schweigens an das Umweltrecht des Schweigenden. Aus diesem Grund ist es vorteilhaft, auch die vertragskonstituierenden Elemente grundsätzlich an das von den Parteien gewählte Vertragsstatut anzuknüpfen.

Auf dieser Grundlage erstreckt sich die Fragestellung also darauf, in welchen Fällen und auf welche Weise eine Korrektur dieses Grundsatzes erforderlich wird.
Das Schweigen des Vertragspartners auf die AGB ist sicher ein Fall, der eine Ausnahme von dem Grundsatz der Anknüpfung an das Vertragsstatut gebietet.
Allerdings wird es auch hier einer Ausnahme von der Ausnahme bedürfen, wenn etwa der Vertrag von dem Schweigenden selbst angeregt und vor der Übersendung der AGB bereits ein vorvertraglicher Schriftwechsel stattgefunden hat, aus dem der künftige Vertrag und das ihn beherrschende Statut mit hinreichender Genauigkeit hervorgeht[84].
Ferner soll sich der Vertragspartner des AGB-Verwenders dann eine Beurteilung seines Verhaltens nach dem präsumtiven Vertragsstatut gefallen lassen müssen, wenn er im Inland aufgetreten ist[85] und bei dem Vertrag es sich um ein Verkehrsgeschäft[86] handelt.
Dem ist zuzustimmen; allerdings nur soweit als es sich um einen Vertragsschluß unter Anwesenden[87] handelt und Vertragsstatut das Recht des Landes sein soll, in das der Ausländer sich begeben hat.
Insbesondere mag diese Ausnahme von der Ausnahme für einfache Geschäfte gelten, denen keine besonderen, länger dauernden Vertragsverhandlungen

---

84 ähnlich Lorenz, AcP 159(1961/1962), 193, 215; kritisch dagegen Reinmüller S. 244

85 so Jayme, ZHR 142(1978), 105, 121 und BGH WM 1973, 1238ff., 1240

86 dieses zusätzliche Erfordernis wird von Soergel-Kegel, vor Art. 7 EGBGB, Rdnr. 197 in die Diskussion gebracht

87 Jayme, FS Bärmann, weist zu Recht darauf hin, daß der Ausländer sich persönlich im Inland aufgehalten haben muß; ebenso auch Schmitz, S. 76

vorausgehen. Dagegen wird man dem Abschlußort nicht diese Bedeutung beimessen können, wenn die Verhandlungsdelegationen wechselseitig in den verschiedenen Ländern der Geschäftssitze der Vertragsparteien verhandelt hatten.

Kehrt man zum Ausgangspunkt der Überlegungen zurück, wonach die Anknüpfung des Schweigens an das von einer Partei gewünschte Vertragsstatut korrekturbedürftig ist, so stellt sich die Frage, mit welchen rechtstechnischen Mitteln dies erfolgen kann.
Eine Korrektur auf materiellrechtlicher Ebene, etwa durch eine modifizierte Auslegung des Vertragsstatuts, scheint hierzu nicht ausreichend zu sein. Die an den Wortlaut der Norm gebundene Auslegung vermag den schweigenden ausländischen Vertragspartner nicht stets so zu stellen, wie er nach seinem Umweltrecht stünde.
Daher erscheint es zweckmäßiger, für den Fall, daß das präsumtive Vertragstatut das Zustandekommen des Vertrages bejaht, zusätzlich noch an das Umweltrecht des Schweigenden anzuknüpfen und ein Zustandekommen des Vertrages nur dann zu bejahen, wenn auch nach letzterem Recht dem Schweigen rechtsgeschäftliche Bedeutung zukommt.
Dies bedeutet natürlich auch, daß eine sekundäre Anknüpfung an das Umweltrecht des Schweigenden

dann entbehrlich ist, wenn schon die Würdigung seines Verhaltens nach dem präsumtiven Vertragsstatut eine rechtsgeschäftliche Relevanz nicht ergibt.

c) Anknüpfungsfragen bei kollidierenden AGB

Kaum Beachtung gefunden hat bislang die Frage, welche Auswirkungen das wechselseitige Zusenden von eine Rechtswahlklausel enthaltenden AGB durch die in verschiedenen Staaten domizilierten Vertragspartner auf das Vertragsstatut hat. Beispielhaft dafür wäre der Fall, daß der Käufer unter Beifügung seiner allgemeinen Einkaufsbedingungen bestellt, die die Wahl seines Heimatrechts beinhalten, der Verkäufer sich in der Auftragsbestätigung dagegen auf seine allgemeine Lieferungsbedingungen bezieht, nach denen das Recht am Sitz des Verkäufers für maßgeblich erklärt wird. Vorab stellt sich die Frage, nach welchem Recht in solchen Fällen zu prüfen ist, ob zwischen den Parteien ein Verweisungsvertrag zustandegekommen ist. Eine Anknüpfung an das anscheinend gewählte Recht, wie sie bei einseitig verwendeten Rechtswahlklauseln vorgenommen wird, scheidet hier gerade aus. Gegen eine Anknüpfung an die lex fori spricht ihr

mangelnder Bezug zum Vertrag im Zeitpunkt des Vertragsschlusses; bei Vertragsschluß läßt sich meist nicht vorhersehen, an welchem Ort später entstehende Streitigkeiten einmal gerichtlich ausgetragen werden.

Es erscheint daher am sachgerechtesten, die Frage des Zustandekommens einer Rechtswahlvereinbarung an das Recht anzuknüpfen, das nach objektiver Anknüpfung als Vertragsstatut berufen wäre[88].
Mit Hilfe einer vernünftige Interessenabwägung auf objektiver Grundlage ist unter besonderer Berücksichtigung des Schwerpunktes des Vertrags die Rechtsordnung zu bestimmen, an die der Verweisungsvertrag anzuknüpfen ist.

Führt diese Schwerpunktbestimmung zur Anwendbarkeit deutschen Rechts, so kommen damit die Grundsätze zur Anwendung, die auch im internen Bereich bei sich widersprechenden AGB der Parteien gelten.

Die frühere Rechtsprechung[89] versuchte das Problem über § 150 Abs. 2 BGB zu lösen. Danach wurden in der Regel die AGB derjenigen Partei Vertragsinhalt, die zuletzt auf sie verwiesen hatte; die widerspruchslose Erbringung der Leistung oder Annahme der Gegenleistung durch den anderen Vertragspartner wurde als stillschweigendes Einverständnis mit den AGB gewertet.

---

88 so auch von Hoffmann, RabelsZ 36(1972), 510, 521, der diese Anknüpfung auch bei nur von einer Partei verwendeten AGB vornehmen möchte, wenn nicht beide Parteien den Anschein eines gemeinsamen Willens zur Rechtswahl gesetzt haben; Pleyer/Battes, DB 1971, 1289, 1295 lassen diese Frage bewußt offen.

89 BGH DB 1971, 2106; OLG Köln MDR 1971, 762

Dagegen wurden in der Literatur zu Recht Bedenken erhoben[90]; im wesentlichen wird die Behauptung der Rechtsprechung[91] bezweifelt, in der widerspruchslosen Erbringung der Leistung oder Annahme der Gegenleistung ein stillschweigendes Einverständnis mit den AGB der Gegenseite zu erblicken. Andererseits wäre es lebensfremd und würde dem Willen der Parteien, den Vertrag durchzuführen nicht Rechnung tragen, wollte man das Zustandekommen des Vertrags nach § 150 Abs. 2 BGB wegen fehlender Einigung über die maßgeblichen AGB verneinen.

Unter Zugrundelegung des Rechtsgedankens des § 6 Abs. 2 AGBG[92] ist daher der Vertrag als wirksam anzusehen; soweit die AGB der Parteien sich widersprechen, greift das dispositive Recht ein[93].

Für den Fall, daß bei einem internationalen Distanzvertrag die AGB der Parteien Rechtswahlklauseln enthalten, die auf verschiedene Rechtsordnungen verweisen, ist somit das Zustandekommen eines Verweisungsvertrags zu verneinen.
Vertragsstatut ist dann das nach objektiver Anknüpfung zu ermittelnde Recht.

Ist Vertragsstatut deutsches Recht, so würde sich der Vertragsinhalt nach dispositivem Geset-

---

90 Grasmann, DB 1971, 561; Schlechtriem BB 1974, 1309 und neuestens Striewe, JuS 1982, 728

91 vgl. Fn. 89

92 ob sich die Rechtslage unter der Geltung des § 6 AGBG "grundlegend verändert" hat (so Staudinger-Schlosser, § 2 AGBG, Rdnr. 83) wird zu Recht bezweifelt von Striewe, JuS 1982, 728, 730, der einer direkten Anwendung dieser Vorschrift entgegentritt

93 Palandt-Heinrichs, § 2 AGBG, Anm. 5e; Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 AGBG, Rdnr. 98 ff.; so jetzt auch die jüngste Rechtsprechung der OLG'e, vgl. OLG Köln, ZIP 1980, 270 (nunmehr rechtskräftig; vgl. Striewe, JuS 1982,

zesrecht bestimmen, soweit sich die AGB der Parteien inhaltlich widersprächen.
Für den Bereich branchenüblicher AGB fordern Stimmen im Schrifttum[94] eine Ausnahme von dieser Regel.
So sei etwa bei Banken die wechselseitige Übersendung von AGB und das Schweigen hierauf anders zu werten als im Bereich des Handels.
Die nahezu textgleichen AGB der Banken und Sparkassen, die streng auf das Rollenverhältnis Bank/Kunde abgestellt sind, sollen nach dem Willen der beteiligten Banken zugunsten desjenigen gelten, dem die Rolle der Bank zufalle[95].
Dies sei jeweils für jedes Geschäft besonders zu bestimmen.

Man mag dem Willen der Parteien im innerstaatlichen Rechtsverkehr eine derartige Bedeutung beilegen wollen, ob sich diese Lösung des Problems kollidierender AGB "zwanglos"[96] auf das Verhältnis zwischen inländischen und ausländischen Banken übertragen läßt, ist sehr zu bezweifeln.
Gegen einen derartigen Erklärungswillen der beiteiligten Bank beim Auslandsgeschäft spricht die mangelnde Vertrautheit mit den AGB der Gegenseite; für die ausländische Bank ist auch schwer abzuschätzen, für welche Fälle sie wohl nach deutschem

94 Pleyer/Battes, DB 1971, 1289, 1291; Canaris, Rdnr. 2518ff.; Zahn, S. 15

95 Pleyer/Battes aaO., S. 1291; die Rechtsprechung hatte einen derartigen Fall bisher nicht zu entscheiden; auch BGH NJW 1971, 2126 ist nicht einschlägig, da im Sachverhalt nicht davon die Rede ist, daß auch die niederländische Bank auf die Geltung ihrer AGB hingewiesen hatte.

96 Pleyer/Battes aaO., S. 1294; Kegel, GS Schmidt, S. 215, 225

Recht als Kundin im Sinne der AGB ihrer Vertragspartnerin angesehen werden wird.

Bei wechselseitigem Hinweis auf die Geltung der eigenen AGB (oder deren Übersendung) im Distanzgeschäft unter Bank sind daher die Willenserklärungen der Parteien besser so auszulegen, daß jede Bank der Geltung der AGB der anderen Bank widerspricht[97].
Es ist daher ratsam, wenn die Beteiligten eine genaue Klärung der Frage, wessen AGB nun gelten sollen, herbeiführen.
Andernfalls kommt das nach objektiver Anknüpfung berufene deutsche Recht als Vertragsstatut zur Anwendung, soweit die AGB der Parteien sich widersprechen.

5. Die Bedeutung der Sprache der AGB

Geschäfte mit Ausländern bringen nicht nur die Möglichkeit der Einflußnahme ausländischen Rechts auf die bestehenden oder sich anbahnenden vertraglichen Beziehungen mit sich; sie erfordern auch vielfach die Überwindung von Sprachbarrieren.
Während es dem internationalen Handel bisher ersichtlich keine Schwierigkeiten bereitete, sich

---

97 weitergehend Canaris, Rdnr. 2516, der die Einbeziehung von AGB in den Vertrag nicht einmal dann annehmen will, wenn die ausländische Bank auf den Hinweis der deutschen Bank bezüglich der Geltung ihrer AGB nicht reagiert.

darüber hinwegzusetzen, wenn es um die Festlegung der essentialia negotii ging, kommt dem Problem bei der Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen eine erhöhte Bedeutung zu.
Die die abdingbaren Gesetzesvorschriften ändernden, auf diesen aber gleichwohl aufbauenden AGB lassen sich nicht zuletzt auch wegen ihres hohen Abstraktionsgrades und ihrer Präzision nur unter Inkaufnahme von Wirkungsverlusten in eine fremde Sprache übersetzen.
Dem Verwender von AGB ist aus diesem Grund daran gelegen, seine AGB in seiner Heimatsprache Vertragsbestandteil werden zu lassen.
Die Aufarbeitung des damit verbundenen Fragenkomplexes soll mit folgenden Schritten erfolgen:

Am Anfang steht die kollisionsrechtliche Frage, welcher der beteiligten Rechtsordnungen zu entnehmen ist, in welcher Sprache AGB zur Vertragsgrundlage werden können.

Danach ist - die Anwendbarkeit deutschen Rechts nunmehr unterstellt - festzustellen, welche Aussagen das deutsche Recht zur Sprachproblematik macht.

Dabei können Differenzierungen erforderlich werden, etwa zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten,

zwischen Auländern mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland und mit solchem im Inland.

In einem dritten Schritt werden die Rechtsfolgen aufzuzeigen sein, die eintreten, wenn die AGB in einer "falschen" Sprache gefaßt sind. Dabei wird insbesondere zu erwägen sein, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, daß der AGB-Empfänger auch dieser Sprache mächtig ist.

a) kollisionsrechtliche Relevanz der Sprachproblematik

Es bedarf der grundsätzlichen Klärung, ob die Frage, in welcher Sprache Erklärungen der Parteien (und damit auch AGB) gehalten sein müssen, um gegenüber dem Vertragspartner Wirkung entfalten zu können, eigenständige kollisionsrechtliche Bedeutung hat, oder ob es sich hierbei um eine materiellrechtliche Frage handelt, die durch das Vertragsstatut zu beantworten ist.

In der Literatur wird die Frage der von den Parteien zu verwendenden Sprache und des damit verbundenen Verständnisrisikos teilweise als eine der Sonderanknüpfung zugängliche Problematik kollisionsrechtlicher Relevanz angesehen[98].

---

98 Jayme, FS Bärmann, S. 510, 515; ders., ZHR 142 (1978), 110, 121

Ferner wird darüber hinaus noch die Auffassung vertreten, welche Sprachen die Parteien verwenden dürften, bestimme sich nach einem vom Vertragstatut grundsätzlich getrennten Sprachenstatut[99].

Dem ist entgegenzuhalten, daß nicht recht einsichtig ist, wozu es eines besonderen Sprachenstatuts bedarf.
Treffen die Parteien keine besondere Vereinbarung über die zwischen ihnen zu verwendenden Sprache, so wird diese durch das (präsumtive) Vertragsstatut bestimmt.
Treffen sie hingegen eine Sprachwahl, so bestimmt das (präsumtive) Vertragsstatut deren Zulässigkeit und Wirkung[100].
So wird es nach deutschem Recht nicht zu beanstanden sein, wenn auch bei einem Fall ohne jeden Auslandsbezug die Parteien etwa englisch als Verhandlungs- oder Vertragssprache vereinbaren.

Ferner ist bei der Frage, welche Sprache die Parteien im Geschäftsverkehr untereinander verwenden müssen, welche Partei also das Verständnisrisiko trifft, eine Sonderanknüpfung etwa an das Umweltrecht des Sprachunkundigen[101] nicht erforderlich[102].
Die Frage, für welche Sprachen eine Partei das Verständnisrisiko trägt, also die "wertende Ver-

---

99 Beckmann, Diss. jur., S. 23; ders. in Sandrock, Abschn. B, Rdnr. 183ff.

100 MünchKomm-Spellenberg, vor Art. 11 EGBGB, Rdnr. 84

101 so Jayme, FS Bärmann, S. 510, 515

102 zutreffend Linke, ZverglRW 79(1980), 1, 47; ebenso Stoll, FS Beitzke, S. 759, 767

teilung beherrschter Mitteilungs- und Verständnisrisiken"[103] ist ebenso dem Vertragsstatut, bzw. wenn noch kein Vertrag zustandegekommen ist, dem präsumtiven Vertragsstatut zu entnehmen, da es sich hierbei anders als beim Schweigen nicht um die Bewertung menschlichen Verhaltens, sondern, wie gesagt um die Verteilung vertraglicher Risiken handelt und kein Grund dafür ersichtlich ist, eines von vielen solcher Risiken, kollisonsrechtlich besonders zu behandeln.

Auch nach der hier vertretenen Auffassung bleibt der Schutz des Sprachunkundigen gewahrt.
Im Anfangsstadium der vertraglichen Beziehungen - solange also noch nicht einmal ein präsumtives Vertragsstatut in Sicht ist - darf jede Partei ein ihr zugegangenes fremdsprachiges Angebot unbeachtet lassen. Sie darf darauf vertrauen, daß ihrem Schweigen keine Rechtswirkungen beigelegt werden können, die über diejenigen hinausgehen, die ihr Heimatrecht vorsieht.
Antwortet sie hingegen auf die Offerte, so muß sie sich im klaren darüber sein, daß sie damit den Anschein einer Rechtswahl und auch einer Sprachwahl setzen kann.

Im Ergebnis ist also festzustellen, daß der Sprachproblematik nicht im Rahmen des Kollisions-

---

103 so die von Bartholomeyczik übernommene Formulierung bei Jayme, FS Bärmann, S. 510, 515

rechts, sondern im Rahmen des materiellen Rechts Bedeutung zukommt.

b) die Sprachproblematik im deutschen Recht

Die Rechtsprechung mußte sich verschiedentlich mit der Sprachenproblematik im internationalen Geschäftsverkehr befassen. Zumeist erfolgte dies unter dem Gesichtspunkt, ob AGB, die in einer anderen Sprache als die des Empfängers abgefaßt sind, Vertragsinhalt werden.

Bereits am 19. Juli 1962 hatte das OLG Stuttgart[104] - ohne es ausdrücklich festzustellen - den Standpunkt eingenommen, daß Erklärungen nur dann ihre Wirksamkeit entfalten, wenn sie in der Verhandlungs- und Vertragssprache abgegeben werden. Es ging im zu entscheidenden Fall davon aus, daß zwischen den Parteien die englische Sprache als Verhandlungs- und Vertragssprache vereinbart wurde und schloß daraus, daß die nur in deutscher Sprache abgefaßten Allgemeinen Lieferungsbedingungen nicht Vertragsinhalt wurden.

In einem Urteil des OLG Düsseldorf[105] vom 2. November 1973 hatte die Klägerin, ein deutsches Un-

104 MDR 1964, 412

105 AWD 1974, 103

ternehmen, der Beklagten, einem niederländischen Unternehmen, einen Lieferauftrag erteilt. In dem Auftragsschein nahm die Klägerin auf ihre auf der Rückseite in italienischer, englischer und französischer Sprache abgedruckten AGB Bezug.
Das OLG stellte fest, daß die Parteien teils in holländischer, teils in deutscher Sprache verhandelt hatten; es folgerte hieraus, daß sich der Beklagte "nicht als Empfänger von schriftlichen Erklärungen anzusehen brauchte, die nicht in den Verhandlungssprachen abgefaßt und somit nicht sachbezogen waren". Vielmehr durfte der Beklagte nach Ansicht des OLG sich darauf verlassen, daß die Klägerin zur Festlegung der AGB eine der Verhandlungssprachen verwendete.

Strengere Anforderungen an die Bekanntgabe der AGB scheint das OLG Karlsruhe in einer früheren Entscheidung[106] vom 9. Mai 1972 zu stellen. Anders als das OLG Düsseldorf[107] stellt es nicht darauf ab, welches die Verhandlungs- und Vertragssprache zwischen der italienischen Klägerin und der deutschen Beklagten war und ob die AGB in der Vertragssprache bekanntgegeben wurden. Die Gründe dafür, daß die in italienischer Sprache abgefaßten AGB der Klägerin nicht Vertragsinhalt wurden, sind doppelter Natur: einerseits stellt das OLG fest,

106 NJW 1972, 2185

107 aaO.

daß "AGB, die dem deutschen Geschäftspartner eines in Deutschland abgeschlossenen Vertrags nicht in deutscher Sprache zugehen nicht Inhalt dieses Vertrages werden" (Leitsatz); andererseits kam es für den entschiedenen Fall augenscheinlich darauf an, daß der Beklagte der italienischen Sprache nicht mächtig war und ihm die AGB auch nicht durch den Handelsvertreter der Klägerin ins Deutsche übersetzt wurden.
Die Argumentation des OLG Karlsruhe läßt sich wie folgt zusammenfassen:

Grundsätzlich muß der AGB-Verwender die AGB dem Empfänger in dessen Sprache mitteilen; andernfalls trägt er das Risiko, ob der Empfänger ihren Inhalt trotzdem versteht.

Auch das Urteil des OLG Frankfurt[108] vom 27. April 1976 geht in diese Richtung; ähnlich wie das OLG Karlsruhe[109] wird argumentiert, die Parteien hätten ausschließlich in deutscher Sprache verhandelt, so daß dem in holländischer Sprache gehaltenen Vermerk über die Anwendbarkeit der AGB keine rechtliche Bedeutung zukomme, jedenfalls könne - und das ist hier wichtig - nach Treu und Glauben von der Klägerin, die der holländischen Sprache nicht mächtig ist, nicht erwartet werden, daß sie dem Vermerk eine Bedeutung beimaß.

---

108 RIW 1976, 532f.

109 vgl. oben Fn. 106

Daraus kann geschlossen werden, daß sich auch das OLG Frankfurt auf den Standpunkt stellt, wenn die AGB oder der Verweis hierauf in einer anderen Sprache als der Verhandlungssprache abgefaßt wurden, müsse der andere Teil sie trotzdem zur Kenntnis nehmen, wenn er diese Sprache beherrsche.

Für weit weniger wichtig erachtet das OLG Hamburg in einer jüngeren Entscheidung[110] vom 1. Juni 1979 die Frage, ob der AGB-Empfänger die Sprache beherrscht, in der die AGB abgefaßt sind. In den Entscheidungsgründen führt das OLG Hamburg aus, das "Abweichen von der sonst durchgängig eingehaltenen Verhandlungs- und Vertragssprache anläßlich der jeweiligen Bezugnahme der Klägerin auf ihre AGB spreche entscheidend gegen die Möglichkeit, daß die Parteien einen Geschäftsgebrauch im Sinne einer stillschweigenden Zugrundelegung der AGB befolgt hätten"[111].
An späterer Stelle des Urteils heißt es, die "Zugrundelegung der AGB müsse letzten Endes doch daran scheitern, daß die Klägerin sie der Beklagten nicht in der Verhandlungs- und Vertragssprache zugänglich gemacht hat und sich auf sie auch nicht in der genannten Sprache bezogen hat".
Das OLG meint ferner, die Einbeziehung von AGB unter Kaufleuten im internationalen Geschäftsverkehr setze voraus, daß diese grundsätzlich in der Ver-

---

110 NJW 1980, 1232f.

111 aaO., S. 1233

handlungssprache (oder in einer anderen Weltsprache) gefaßt sein müssen, wovon dann eine Ausnahme gelten könne, wenn der andere Teil die Sprache der Geschäftsbedingungen beherrsche, für letzteren Ausnahmetatbestand sei indessen der AGB-Verwender beweispflichtig.

In der bisher neuesten Entscheidung zu diesem Bereich hat das OLG Frankfurt[112] die Auffassung vertreten, ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben müsse, jedenfalls wenn es Änderungen bringe, in der Sprache gehalten sein, in der mündlich verhandelt wurde. Das OLG konnte im zu entscheidenden Fall jedoch dahingestellt sein lassen, ob etwas anderes dann gelte, wenn der Empfänger der AGB der verwendeten Sprache mächtig ist.

Zusammenfassend läßt sich die Auffassung der Rechtsprechung dahingehend beschreiben, daß derjenige Vertragsteil, der seine Erklärungen in einer anderen als der Verhandlungs- oder Vertragssprache abgibt, darlegen und beweisen muß, daß der andere Teil sie dennoch verstanden hat.

In der Literatur ist diese Rechtsprechung auf Zustimmung gestoßen[113]. Im folgenden soll nun eine fallorientierte, systematische Darstellung der Problematik erfolgen. Dabei wird sich eine Dif-

---

112 vom 28.4.1981, IPrax 1982, 242 = RIW 1981, 411

113 Ulmer/Brandner/Hensen AGBG, Anh. § 2, Rdnr. 17ff.; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner,§ 2, Rdnr. 17, Anh. § 2 Rdnr. 12; MünchKomm-Martiny, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 97; Schlechtriem, FS Weitnauer, S. 129, 141; Staudinger-Schlosser, AGBG,§ 2 Rdnr. 4

ferenzierung nach der Kaufmannseigenschaft sowie nach dem Aufenthaltsort der Vertragspartner als sinnvoll erweisen.

aa) Einbeziehung von AGB bei Distanzverträgen mit ausländischen Nichtkaufleuten

Hier findet das AGBG in vollem Umfang Anwendung. Dem AGB-Verwender wird mithin durch § 2 Abs. 1 AGBG die Pflicht auferlegt, den Empfänger auf die Geltung der AGB hinzuweisen und ihm in zumutbarer Weise von deren Inhalt Kenntnis zu verschaffen. Diese Forderung richtet sich gleichermaßen an inländische AGB-Verwender gegenüber ausländischen Kunden wie an ausländische AGB-Verwender gegenüber inländischen Kunden.
Liegt in solchen Fällen eine Einigung beider Parteien über die Verhandlungs- bzw. Vertragssprache vor, so sind die AGB in dieser gewählten Sprache abzufassen.
Eine solche Einigung wird in der Praxis aber wohl nur sehr selten vorkommen.

Häufiger dagegen wird der Fall sein, daß der Kunde ein Vertragsangebot in seiner Heimatsprache

abgibt, das der AGB-Verwender dann unter Beifügung seiner AGB in seiner eigenen Sprache annimmt.

In derartigen Fällen gebietet es der Schutzzweck des § 2 Abs. 1 AGBG eine zumutbare Kenntnisnahme vom Inhalt der AGB nur dann anzunehmen, wenn die AGB in der Sprache abgefaßt sind, in der auch der AGB-Empfänger seine Erklärungen abgibt.

Allerdings kann der AGB-Empfänger auf diesen ihm durch das AGBG gewährten Schutz verzichten, indem er sich auf eine fremde Sprache als Verhandlungssprache einläßt. Dies muß nicht ausdrücklich geschehen, sondern kann auch konkludent etwa dadurch erfolgen, daß der AGB-Empfänger die fremdsprachigen AGB unterzeichnet[114].
Eröffnet ein Inländer aufgrund eines deutschsprachigen Inserats bei einer dänischen Bank ein Konto, so werden die in dänischer Sprache abfaßten AGB der Bank nur dann Vertragsinhalt, wenn sie der Kunde unterzeichnet hat. Seine Unterschrift darf der Rechtsverkehr als Einverständnis mit ihrer Geltung werten, gleich ob der Kunde den Inhalt der AGB verstanden hat oder nicht.

Einer Unterzeichnung der AGB bedarf es zur Einbeziehung in den Vertrag dann nicht, wenn der deutsche Kunde sich in fremder Sprache an ein aus-

---

114 ebenso Weimar, DB 1978, 243; Löwe/Graf v. Westphalen, AGBG, Anh. § 2, Rdnr. 12; Schlechtriem, FS Weitnauer, S. 129, 141; a.M. Staudinger-Schlosser, AGBG, § 2 Rdnr. 28; Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 AGBG, Rdnr. 19

ländisches Unternehmen wendet, wenn er beispielsweise den in einem englischsprachigen Inserat enthaltenen Bestellcoupon an den Verwender der AGB absendet. In derartigen Fällen darf der Vertragspartner ein Einverständnis des Kunden erblicken, daß diesem AGB und andere Erklärungen auch in englischer Sprache mitgeteilt werden können.

bb) Einbeziehung von AGB unter Kaufleuten

Für Verträge unter Kaufleuten gilt § 2 AGBG nicht.
Aber auch hier besteht eine Kenntnisverschaffungspflicht des AGB-Verwenders gegenüber dem AGB-Empfänger.
Eine Mitteilung des Inhalts der AGB in der Verhandlungssprache genügt unstreitig. Im Unterschied zum nichtkaufmännischen Vertragspartner erscheint hier die Bekanntgabe der AGB in der Sprache des Verwenders ausreichend, wenn beide Vertragsparteien ihre Erklärungen in ihrer jeweiligen Muttersprache abgeben.

Auch kann von einem Kaufmann, der am internationalen Handelsverkehr teilnimmt, die Kenntnis der Weltsprachen (englisch, französisch, spanisch) erwartet werden[115] so daß die Übersendung von AGB,

115 in diese Richtung gehen auch die Überlegungen von Drobnig, S. 595; Reinhart, RIW 1977, 20; Reithmann-Martiny, Rdnr. 100; Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. § 2 AGBG, Rdnr. 20 iVm. Rdnr. 18aE.; MünchKomm-Spellenberg, vor Art. 11 EGBGB, Rdnr. 88; OLG Hamburg, NJW 1980, 1232f.;
a.A. aber OLG Düsseldorf, AWD 1974, 103

die in einer der Weltsprachen gefaßt sind, zur Einbeziehung in den Vertrag ausreicht. Ist der Vertragspartner im Einzelfall der verwendeten Sprache nicht mächtig, so mag er sich auf sein Risiko um eine Übersetzung bemühen.

cc) Einbeziehung von AGB bei Geschäften mit sprachunkundigen Ausländern im Inland

Das OLG Bremen[116] hatte mit Urteil vom 22. Juli 1973 über folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Der des Deutschen nicht mächtige Kläger, ein iranischer Staatsangehöriger, hatte bei der beklagten deutschen Bank einen formularmäßigen Antrag auf Eröffnung eines Wertpapierdepotkontos gestellt.
Das Formular enthielt einen Hinweis auf die AGB der Bank. Der Iraner zog hierbei seinen persischen Freund, der die deutsche Sprache leidlich beherrschte, als Dolmetscher hinzu.
Später machte der Kläger geltend, die AGB der beklagten Bank seien nicht Vertragsinhalt geworden; weder er noch sein Freund sei in der Lage gewesen sie zu verstehen.

116 WM 1973, 1228ff.

Das OLG hielt die Einbeziehung der in deutscher Sprache gefaßten AGB für unproblematisch, die Vertragssprache sei nämlich deutsch gewesen, was sich eindeutig daraus ergebe, daß der Kläger den in deutscher Sprache gefaßten Kontoeröffnungsantrag der Beklagten unterschrieben habe, der Kläger habe sich damit am deutschen Rechtsverkehr beteiligt. Für die Beklagte habe daher kein Anlaß bestanden, ihre AGB in die persische Sprache zu übersetzen, was umso mehr gelte, als sich der Kläger die Sprachkenntnisse seines als Bevollmächtigten auftretenden persischen Freundes zurechnen lassen müsse.

In einem Urteil des OLG München vom 20. März 1975[117] hatte ebenfalls ein der deutschen Sprache nicht mächtiger Grieche einen Kreditantrag bei einer deutschen Bank unterzeichnet. Das Gericht würdigte die Unterschrift des beklagten Griechen als gleichzeitiges Einverständnis mit den AGB, der Grieche habe das Nichtkennen der AGB bewußt in Kauf genommen. Er habe jedoch - was ausreiche - die Möglichkeit gehabt, sich - etwa durch eine Übersetzung - in zumutbarer Weise Kenntnis vom Vertragsinhalt zu verschaffen.

Gleicher Ansicht ist das LG Frankfurt[118]; wer Erklärungen unterschreibe die er nicht lesen kön-

---

117 RIW 1976, 447ff.

118 Urteil vom 5. Oktober 1976, WM 1977, 298ff.

ne, trage das Risiko dafür, daß der Inhalt seiner Erklärung von dem abweiche, was er eigentlich habe erklären wollen.

Umgekehrt hat das OLG Karlsruhe[119] entschieden, daß bei einem in Deutschland abgeschlossenen Vertrag, auf den deutsches Recht anwendbar ist, AGB, die dem deutschen Geschäftspartner nicht in deutscher Sprache zugehen, nicht Vertragsinhalt werden.

Die soweit ersichtlich erste Entscheidung des BGH zu diesem Komplex vom 10.3.1983[120] bestätigt die bisherige Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Der BGH hält für ausschlaggebend, welcher Sprache sich die Parteien im Rahmen ihrer rechtsgeschäftlichen Beziehungen bedienten.
Wählten Sie - wie im entschiedenen Fall - die deutsche Sprache als Verhandlungs- und Vertragssprache, so sei dies als Einverständnis des ausländischen Partners mit dem gesamten deutschsprachigen Vertragsinhalt nebst der zugrundeliegenden AGB zu werten. In einem solchen Fall sei es ihm zuzumuten, sich vor Vertragschluß eine Übersetzung der AGB zu verschaffen.

---

119 Urteil vom 9. Mai 1972, NJW 1972, 2185

120 RIW 1983, 454

Die Auffassung der Rechtsprechung wird vom Schrifttum überwiegend geteilt[121]. Es sei davon auszugehen, daß derjenige das Verständnisrisiko trage, der die von den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend gewählte Vertragssprache nicht verstehe[122]; die Kenntnisnahme von AGB sei zumutbar, wenn diese in der Vertragssprache unterbreitet würden[123].

Insbesondere im Bereich der arbeitsrechtlichen Ausgleichsquittung wird im Schrifttum bezweifelt, ob die Unterschrift des sprachunkundigen Ausländers überhaupt die Bedeutung einer Zustimmung haben kann[124]. Der Arbeitgeber verstoße zumindest gegen Treu und Glauben, wenn er sich später auf solche Bedingungen berufe.
Nach Auffassung von *Jayme*[125] sollen diese Überlegungen auch auf nicht arbeitsrechtliche Vertragsverhältnisse Anwendung finden können.
Dieser Auffassung mag man für den Fall zustimmen, daß der ausländische Vertragspartner nicht einmal die essentialia negotii der von ihm unterzeichneten Vertragsurkunde kennt. Dann wird es bereits am entsprechenden Erklärungswillen fehlen.
Für die Frage der Einbeziehung von AGB muß es jedoch genügen, daß der Ausländer auf diese in deutscher Sprache hingewiesen wurde und diese ihm in deutscher Sprache zur Kenntnis gebracht wurden.

---

121 Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2, Anm. 3d; Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen AGBG, Anh. § 2, Rdnr. 18; Staudinger-Schlosser, AGBG, § 2, Rdnr. 21 MünchKomm-Martiny, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 96

122 Beckmann, RIW 81, 79, 82; ders. in Sandrock, Abschn. B, Rdnr. 201

123 Weimar, DB 1978, 243

Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob der Ausländer die AGB unterzeichnet hat oder nicht; auch wenn die AGB - wie etwa im Parkhaus oder bei der Vermietung von Schließfächern - durch Aushang zur Kenntnis gebracht werden, bringen sie durch ihre deutschsprachige Fassung zum Ausdruck, daß der Verwender nur in deutscher Sprache verhandeln möchte. Weichen Verhandlungs- und Vertragssprache voneinander ab, so genügt es, wenn die AGB in einem der beiden Sprachen abgefaßt sind. Verhandelt der AGB-Verwender mit dem sprachunkundigen Kunden etwa in dessen Muttersprache; werden die vertragskonstituierenden Erklärungen hingegen in deutscher Sprache abgegeben, so werden auch die in deutscher Sprache abgefaßten AGB Vertragsbestandteil.

c) Rechtsfolgen "falscher" Sprachwahl

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß AGB, die nicht in der Verhandlungs- oder Vertragssprache abgefaßt sind, keine Einbeziehung in den Vertrag finden können. Erklärungen in einer abweichenden Sprache sind als nicht zugegangen zu betrachten[126].

Indessen ist zu überlegen, ob dies auch dann gelten soll, wenn der AGB-Empfänger die Sprache

124 Jayme, FS Bärmann, S. 509, 518; Reithmann-Martiny, Rdnr. 546

125 aaO.

126 MünchKomm-Spellenberg, vor Art. 11 EGBGB, Rdnr. 88 aE.; Schlechtriem, FS Weitnauer, S. 129, 136

der AGB beherrscht[127].
Es würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen, würde sich sich der Empfänger auf mangelnden Zugang einer in einer anderen Sprache als der Vertragssprache abgefaßten Erklärung berufen, obwohl er aufgrund seiner Sprachkenntnisse imstande war, diese zur Kenntnis zu nehmen.
Durchschnittliche Sprachkenntnisse des Empfängers in der von der Verhandlungssprache abweichenden Sprache werden allerdings nicht ausreichen, um eine Einbeziehung der in dieser Sprache abgefaßten AGB zu ermöglichen.
Vielmehr ist zu fordern, daß der AGB-Empfänger die fragliche Sprache so gut beherrscht, daß er die AGB in vollem Umfang und in ihrer genauen Bedeutung zur Kenntnis nehmen konnte[128].
In der Praxis wird diese Frage allerdings nur wenig bedeutsam werden; da der AGB-Verwender die Beweislast dafür trägt, daß der AGB-Empfänger die AGB vollinhaltlich verstanden hat, wird er nicht ohne Not von der Verhandlungssprache abweichen.

---

127 Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, Anh. § 2, Rdnr. 19 will bei entsprechender Sprachkenntnisse des Kunden auch andere Sprachen als die Verhandlungssprache für die Abfassung des AGB-Textes zulassen.
a.A. Reinhart, RIW 1977, 16, 20, der bei Vertragsverhandlungen einleitenden Erklärungen gegenüber Privaten die Verwendung der Sprache fordert, die an dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Privaten gesprochen wird. Anderenfalls sei die abgegebene Erklärung unwirksam.
Reinhart scheint nunmehr (IPrax 1982, 226, 228) der Auffassung von Ulmer sich anzunähern; bei Kaufleuten hält er es für selbstverständlich, daß sie auch Erklärungen gegen sich gelten lassen müssen, die zwar nicht in der Verhandlungs- oder Vertragssprache, aber in einer von ihnen beherrschten Sprache abgegeben wurden. Für Private gälten "unter Umständen" andere Grundsätze.

128 ähnlich Staudinger-Schlosser, AGBG, § 2 Rdnr. 28, der als Voraussetzung eine Befähigung des Vertragspartners zur "mühelosen Lektüre einer anderen als der Vertrags- und Verhandlungssprache" fordert.

6. Der Schutz des inländischen Kunden durch § 12 AGBG.

§12 AGBG will den Fall regeln, daß vor einem deutschen Gericht ein Anspruch geltend gemacht wird, der nach ausländischem Recht zu prüfen ist. Neben der internationalen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts muß also eine ausländische Rechtsordnung kraft objektiver Anknüpfung[129] oder Parteivereinbarung zur Entscheidung über den Streitfall berufen sein.
Die Vorschrift differenziert nicht nach dem Grund dieser Berufung, so daß es gleichgültig ist, ob das ausländische Recht aufgrund objektiver Anknüpfung oder individualvertraglicher Vereinbarung[130] zur Anwendung kommt.
Die Rechtsprechung mußte sich bisher mit dieser Vorschrift noch nicht befassen.

---

129 Landfermann RIW 1977, 445, 449

130 Graf v. Westphalen in: Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, Bd. 2, § 12 AGBG, Rdnr. 8

a) Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 12 AGBG

aa) Kausalität zwischen Vertragsabschluß und inländischem Engagement des AGB-Verwenders

Nach dem Gesetzeswortlaut muß der Vertrag "auf Grund" einer geschäftlichen Tätigkeit im Inland zustandegekommen sein.
Die Frage der Kausalität wirft keine Probleme auf, wenn es sich etwa um einen Vertragsabschluß handelt, der auf Grund eines Vertreterbesuchs zustandegekommen ist.
Andererseits reicht es für die Anwendung des § 12 AGBG nicht aus, wenn der AGB-Empfänger von sich aus dem ausländischen AGB-Verwender ein Vertragsangebot unterbreitet[131].

Dazwischen liegt ein weiter Bereich, der näherer Untersuchung bedarf.
Zur Illustration sollen folgende Beispiele dienen:

(1) X fordert bei einem französischen Weingut, dessen Adresse ihm während seines Urlaubsaufenthalts in Frankreich bekannt ge-

131 Graf v. Westphalen aaO., Rdnr. 10

worden war, einen Verkaufsprospekt an. Nach Zusendung dieses Prospekts bestellt er auf einem beigefügten Formular, das die Vereinbarung französischen Rechts enthält.

(2) Y bucht über ein deutsches Reisebüro einen Flug auf einer inneramerikanischen Route. Bei der Buchung unterschreibt er die AGB der amerikanischen Fluggesellschaft. Ihm war zu diesem Zeitpunkt allerdings unbekannt, daß diese Gesellschaft gelegentlich auch in deutschen Zeitungen Anzeigen veröffentlichte.

Im ersten Beispiel stellt sich die Frage, ob die Zusendung des Weinprospekts ein "öffentliches Angebot" oder eine "öffentliche Werbung" darstellt oder Ähnlichkeiten hierzu aufweist. Als "öffentlich" kann dem Wortlaut entsprechend nur ein Angebot oder eine Werbung bezeichnet werden, die unaufgefordert an eine Vielzahl von Kunden gerichtet ist[132]. Daran fehlt es aber, wenn Werbungssendungen nur auf besondere Anforderung des potentiellen Kunden übermittelt werden.
Auch die zweite Alternative des § 12 Nr. 1 AGBG,

132 Koch/Stübing, § 12 AGBG, Rdnr. 7

daß eine ähnliche geschäftliche Tätigkeit des Verwenders vorliegt, ist hier nicht einschlägig, da in der Zusendung eines Verkaufsprospekts - abhängig von dessen Ausgestaltung - ein Angebot oder eine Werbung zu erblicken ist, mithin die erste Alternative des § 12 Nr. 1 AGBG als die speziellere zur Anwendung gelangt. Auch fordert der Schutzzweck des § 12 AGBG keine extensive Auslegung des Begriffs "öffentliche Werbung".
Wer von sich aus zu einer ausländischen Firma Kontakte aufnimmt, beweist damit auch ein gewisses Maß an geschäftlicher Gewandtheit. Von ihm kann daher auch erwartet werden, sich über die durch die Vereinbarung ausländischen Rechts eingegangenen Risiken Gedanken zu machen.
Auch würde es den Interessen des ausländischen AGB-Verwenders zu wenig gerecht, wolle man ihm dadurch zwingen, seine AGB bei Lieferung an einen deutschen Verbraucher entsprechend den Vorschriften des AGBG anzupassen.

Weniger Schutz verdient hingegen ein Unternehmen, das auch von sich aus im deutschen Markt tätig ist; hier dient es nebenbei der Chancengleichheit im Wettbewerb, rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, die das ausländische Recht in AGB zuläßt, durch § 12 AGBG dem inländischen Standard anzugleichen.

Vor allem ist die Schutzbedürftigkeit des deutschen Kunden deutlich erhöht. Er wird in der Werbung zumeist nicht darauf hingewiesen, daß die beabsichtigten vertraglichen Beziehungen ausländischem Recht unterliegen sollen. Der Kunde wird daher regelmäßig erwarten, daß seine Ansprüche sich nach deutschem Recht beurteilen; dies in den meisten Fällen selbst dann, auch wenn er die deutschsprachigen AGB, die die Wahl eines fremden Rechts enthalten, unterzeichnet hat.

Da im vorliegenden Fall der AGB-Verwender weder öffentlich geworben oder ein öffentliches Angebot abgegeben hatte, noch eine ähnliche Tätigkeit entfaltet hatte, findet § 12 AGBG keine Anwendung.

Fall 2 wirft die Frage auf, ob die Bejahung der Kausalität voraussetzt, daß der Kunde die Werbung des AGB-Verwenders kennt[133].
Zwar mag die geschäftliche Aktivität des AGB-Verwenders im Inland für den Vertragsabschluß eine Ursache unter anderen sein, in jedem Fall qualifiziert sie sich nur dann als Ursache, wenn der Kunde Kenntnis von ihr hat. Dabei reicht es auch, wenn der Kunde allgemein Kenntnis von der geschäftlichen Aktivität eines ausländischen Unter-

133 Dies ist in der Literatur umstritten. Verneinend MünchKomm.-Kötz, § 12 AGBG, Rdnr. 3; bejahend dagegen Graf v. Westphalen in: Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, § 12, Rdnr. 10

nehmers im Inland hat, nicht notwendig ist hingegen, daß er etwa auf Grund einer aktuellen Werbekampagne zum Vertragsschluß veranlaßt wurde. Weiter kommt in Betracht, daß eine ähnliche geschäftliche Tätigkeit des AGB-Verwenders darin zu erblicken ist, daß Geschäfte mit ihm überhaupt durch inländische Reisebüros - sei es als Vertreter oder als Boten - abgeschlossen werden können[134]. Dies wird nur dann zu bejahen sein, wenn die Buchung von außerdeutschen Flügen dieser Gesellschaft zum üblichen Angebot deutscher Reisebüros gehört. Handelt es sich hingegen um einen Einzelfall, so kann § 12 AGBG keine Anwendung finden. Im Fall 2 kommt es daher für die Frage der Anwendung des § 12 AGBG auf die Details des Sachverhaltes an.

bb) Abgabe der Willenserklärung im Inland

Die genaue Fassung des Wortlauts des § 12 wirft keine Probleme auf. Einigkeit besteht darüber, daß es ausreicht, wenn der Kunde seine schriftliche Willenserklärung im Inland lediglich abgesandt hat; wurde sie hingegen außerhalb des Geltungsbereichs des AGBG abgegeben, so findet § 12 AGBG keine Anwendung, auch wenn der Kunde einzig zu diesem Zweck dorthin gebracht wurde (bspw. bei "Kaffeefahrten")[135].

---

134 MünchKomm.-Kötz, § 12 AGBG, Rdnr. 3 meint, es genüge für die Annahme einer im Inland entfalteten geschäftlichen Tätigkeit schon die Bestellung im Inland ansässiger Vertragsabschlußgehilfen.

135 so Kötz aaO., Rdnr. 4; Staudinger-Schlosser, § 12 AGBG, Rdnr. 11; Graf v. Westphalen in: Löwe/Graf v. Westphalen/Trinker, § 12 AGBG, Rdnr. 12; Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 12 AGBG, Rdnr. 9

b) Das "Berücksichtigen" des AGBG

Nach § 12 AGBG sind die Vorschriften des AGBG zu berücksichtigen. Im Gesetzentwurf der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz[136] hieß es noch, die Vorschriften des AGBG sollten "gleichwohl Anwendung finden". "Berücksichtigen" ist indessen weniger als "Anwenden", die Vorschriften des AGBG kommen also nur in Betracht, wenn das ausländische Recht einen äquivalenten Verbraucherschutz nicht bietet[137]. Schwierigkeiten bereitet jedoch die Ermittlung, ob der durch das ausländische Recht gewährte Schutz dem des AGBG gleichwertig ist. Sollte die ausländische Rechtsordnung hierzu insgesamt mit dem AGBG zu vergleichen sein[138] oder wäre vielmehr ein am konkreten Einzelfall ausgerichteter Ergebnisvergleich durchzuführen[139]? Für letzteres sprechen wohl entscheidend die Gesichtspunkte der Praktikabilität und des Verbraucherschutzes[140].
Die Gerichte sind überfordert, in jedem Einzelfall durch eine umfassende Rechtsvergleichung festzustellen, ob das ausländische Recht einen dem AGBG "tendenziell ähnlichen"[141] Verbraucherschutz enthält.

---

136 Erster Teilbericht März 1974, S. 30, § 11

137 vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs BR-Drucksache 360/75 S. 41

138 so wohl Schlosser in: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 12, Rdnr. 8

139 wohl h.M.; Jayme ZHR 142(1978), 105, 120; Palandt-Heldrich, § 12 AGBG, Anm. 3; Graf v. Westphalen in: Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, Bd. 2, § 12, Rdnr. 14; Hübner NJW 1980, 2601, 2604; Reithmann-Martiny Rdnr. 31

140 Hübner aaO.

141 Formulierung von Schlosser in: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 12, Rdnr.

Ferner läßt sich dem Gesetzeswortlaut entnehmen, daß dem inländischen Endverbraucher der Schutz des AGBG als Mindeststandard[142] auch bei Geschäften mit ausländischen Firmen gewährt werden soll.
Gerade bei derartigen Geschäften ist ausländisches Recht nicht erst auf Grund einer Rechtswahlklausel (die dann der Prüfung nach § 10 Nr. 8 AGBG unterläge) sondern zumeist bereits kraft objektiver Anknüpfung anwendbar[143].

Gewährt nun das ausländische Recht nach dem Ergebnis des Einzelfallvergleichs keinen äquivalenten Schutz, so stellt sich die Frage, in welcher Weise Korrekturen vorzunehmen sind.
Es könnte dazu überlegt werden, die Vorschriften des AGBG in einer an das ausländische Vertragsstatut angepaßten Form anzuwenden [144], d.h."dem Geist dieses Gesetzes entsprechend Normen zu entwerfen, die der Gesetzgeber des Vertragsstatuts hätte formulieren müssen, um einen dem deutschen Recht äquivalenten Schutz gegenüber AGB zu erzielen"[145].
Andererseits könnten aber auch bei fehlender Äquivalenz einzelne Klauseln dem AGBG direkt unterworfen werden[146].
Im letzteren Fall wäre dann das "Berücksichtigen" des § 12 AGBG dahingehend zu verstehen, daß diese Vorschrift immer dann zur Anwendung gelangt, wenn das ausländische Recht keine weiteren Verbraucher-

---

142 Palandt-Heldrich, § 12 AGBG, Rdnr. 3; Graf v. Westphalen in: Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner § 12 Rdnr. 14; ders. in WM 1978, 1310, 1315; Jayme ZHR 142(1978), 105, 119; Sonnenberger S. 393; Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen § 12 AGBG Rdnr. 11; Reithmann-Martiny Rdnr. 31
a.A. Reichert-Facilides VersR 1978, 481, 483; Kegel, § 18 I 3 S. 297

143 Das ausländische Unternehmen erbringt in aller Regel die vertragstypische Leistung.

144 MünchKomm.-Kötz, § 12 AGBG Rdnr. 5; Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 12, Rdnr. 12; Sonnenberger, S. 394

145 Sonnenberger aaO.

146 so der Vorschlag von Jayme ZHR 142(1978), 105, 120f.

schutzbestimmungen enthält.
Diese Lösung hat jedenfalls den Vorzug der Praktikabilität für sich[147], zu Recht weist Sonnenberger[148] auf die Schwierigkeiten hin, dem ausländischen Rechtssystem angepaßte Normen zu entwickeln.

Allerdings bleibt dann immer noch die Frage offen, ob durch die Anwendung der Vorschriften des AGBG lediglich den dispositiven Normen des ausländischen Schuldstatuts wieder Geltung verschafft wird oder ob - darüber hinausgehend - nicht auch die dispositiven Vorschriften des deutschen Rechts Anwendung finden, sofern sie dem AGB-Empfänger günstiger sind.

Legt zum Beispiel das dispositive ausländische Kaufrecht eine Verjährungsfrist für Sachmängel von 5 Monaten fest und wird diese - nach ausländischem Recht zulässig - durch AGB auf einen Monat verkürzt, so stellt sich - wenn die Voraussetzungen des § 12 AGBG vorliegen - die Frage, ob die Verjährungsfrist in diesem Fall nun 5 oder entsprechend § 477 BGB 6 Monate beträgt.
Diese Frage ist im Hinblick auf den Zweck des AGBG zu beantworten: dieser besteht nicht darin, allgemein Ansprüche und Rechte des Verbrauchers zu erweitern, sondern beschränkt sich darauf, ihn vor unangemessenen AGB zu schützen[149].

147 Graf v. Westphalen in: Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, AGBG, Bd. 2, § 12, Rdnr. 16 a.E.; ders. in WM 1978, 1310, 1315; auch Landfermann, RIW 1977, 445, 449

148 S. 394

149 treffend Landfermann RIW 1977, 445, 449: "das AGBG soll nur vor den besonderen Gefahren vorformulierter Vertragserklärungen schützen, nicht dispositives Recht zugunsten des Kunden korrigieren"; ebenso Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 12, Rndr. 13 a.E.

Zur Lückenfüllung im Sinne des § 6 Abs. 2 AGBG sind daher auch die Vorschriften des ausländischen Vertragsstatut heranzuziehen[150]. Der Vorwurf des "Normanwendungsimperialismus" [151] kann somit nicht aufrecht erhalten werden.

c) Die zu "berücksichtigenden" Bestimmungen

aa) § 2 AGBG

Der Wortlaut des § 12 AGBG schließt keine Bestimmung des AGB von der Berücksichtigung aus. Bei einigen Normen des AGBG erscheint es dennoch zweifelhaft, ob sie zu berücksichtigen sind.

So wird geltend gemacht, § 2 AGBG sei nicht zu berücksichtigen; die Frage der wirksamen Einbeziehung von AGB sei vielmehr im Bereich des § 12 Nr. 1 und 2 AGBG anzusiedeln[152]. Dagegen ist jedoch einzuwenden, daß die Frage, ob ein Vertrag ausländischem Recht unterliegt, nicht stets in Abhängigkeit von der Einbeziehung der AGB zu sehen ist. Die Interdependenz zwischen Vertragsstatut und Einbeziehung von AGB ist zwar gegeben, wenn das Vertragsstatut nur aufgrund einer in den AGB ent-

---

150 Jayme ZHR 142(1978), 105, 121; Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 12 Rdnr. 13; Stoll S. 780; Reichert-Facilides VersR 1978, 481, 483; zweifelnd Hübner NJW 1980, 2601, 2605, der jedoch den Schutzzweck des AGBG zu weit faßt; inkonsequent Graf. v. Westphalen WM 1978, 1310ff., auf S. 1315 in der Mitte der linken Spalte wird § 12 AGBG als Mindeststandard vor unangemessenen AGBG dargestellt; in der Mitte der rechten Spalte wird hingegen das deutsche dispositive Recht als Mindeststandard angesehen.

151 Schlosser in: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 12, Rdnr. 6

152 Graf v. Westphalen in: Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, Bd. 2, § 12, Rdnr. 17; a.A. Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 12 Rdnr. 13

haltenen Rechtswahlklausel zur Anwendung auf das Vertragsverhältnis berufen ist, ist es hingegen nach objektiver Anknüpfung zu ermitteln, so besteht keine Abhängigkeit zu der Frage der Einbeziehung von AGB.
§ 2 AGBG ist daher ebenfalls im Sinne des § 12 AGBG zu berücksichtigen.

bb) § 13 AGBG

Umstritten ist auch die Berücksichtigung des § 13 AGBG. Dessen Berücksichtigung wird in der Literatur teilweise bejaht[153]. Dabei wird allerdings übersehen, daß § 12 AGBG voraussetzt, daß ein "Vertrag" ausländischem Recht unterliegt.
Schon der Umstand, daß diese Voraussetzung oft nur in einem gerichtlichen Verfahren zu klären ist, weist darauf hin, daß nach § 12 AGBG nur diejenigen Vorschriften zu "berücksichtigen" sind, die dem individuellen Schutz des Verbrauchers zu dienen bestimmt sind[154]. Für diese Auffassung spricht auch die Stellung des § 12 AGBG am Ende des zweiten Abschnitts vor dem Verfahrensteil[155], ebenso wie die auf einen Individualvertrag bezogene Formulierung[156].

153 Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 12 AGBG, Rdnr. 14; Koch-Stübing, § 12 AGBG, Rdnr. 13

154 zutreffend Graf v. Westphalen: in Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner. § 12. Rdnr. 18

155 Schlosser in: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 12, Rdnr. 1 weist darauf hin, daß die Bestimmung des § 12 AGBG im - einen Verfahrensteil noch nicht enthaltenden - Regierungsentwurf am Ende bei den Bestimmungen über den Geltungsbereich des Gesetzes stand und erst später zur abschließenden Bestimmung des zweiten Teiles wurde.

156 Schlosser aaO.

II. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Einheitliches Kaufrecht

Vorbemerkung:

Die Haager Kaufrechtsübereinkommen[157] vom 1. Juli 1964, die durch EKG[158] und EAG[159] in innerstaatliches Recht umgesetzt werden, dienen der Vereinheitlichung des materiellen Kaufrechts unter Ausschaltung des jeweiligen nationalen Internationalen Privatrechts.
Der Anwendungsbereich der Kaufrechtsübereinkommen wurde daher sehr weit gezogen; so genügt es nach Art. 1 des Übereinkommens für die Anwendbarkeit, wenn die Parteien eines Kaufvertrages über bewegliche Sachen ihre Niederlassung im Gebiet verschiedener Staaten haben.
Mit dieser weiten Fassung ist das EKG in Deutschland jedoch nicht in Kraft getreten. Die Bundesrepublik hat das Übereinkommen nur mit dem Vorbehalt gemäß Art. III ratifiziert; es werden daher nur Verträge dem EKG und EAG unterstellt, wenn beide Parteien ihren Sitz in einem der Vertragsstaaten[160] haben.

---

157 BGBl. II S. 885

158 Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17. Juli 1973(BGBl. I S. 856)

159 Einheitliches Gesetz über den Abschluß von Internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen vom 17. Juli 1973(BGBl. I S. 868)

160 Vertragsstaaten außer der Bundesrepublik Deutschland sind derzeit Belgien, Großbritannien, Italien, Luxemburg, Niederlande, Gambia, San Marino. Israel ist nur dem EKG, nicht aber dem EAG beigetreten.

Die folgende Untersuchung wird sich nun mit der Konkurrenz von AGBG und EKG bzw. EAG zu befassen haben; insbesondere die Einbeziehung, Auslegung und Inhaltskontrolle von AGB im Geltungsbereich der Einheitlichen Kaufgesetze zu behandeln haben. Weiter bedarf die durch Art. 3 EKG eröffnete Möglichkeit, die Vorschriften des Einheitsrechts ganz oder nur teilweise - auch stillschweigend - auszuschließen einer näheren Beleuchtung.
Dies ist von umso größerer Bedeutung, als das EKG und EAG von den international tätigen deutschen Firmen überwiegend vertraglich ausgeschlossen wird[161].
Ferner bleibt zu prüfen, ob ein stillschweigender Ausschluß von EKG und EAG durch AGB erfolgen kann und welche Rechtsfolgen sich bei einem teilweisen Ausschluß des EKG und EAG ergeben.

---

161 vgl. beispielsweise die Empfehlung bei Sandrock-Müller Bd. 1, Abschn. C., Rdnr. 81; auch den Bericht über die Umfrage des Max-Planck-Instituts bei Magnus NJW 1977, 2000ff.

1. Die Einbeziehung von AGB im Geltungsbereich von EKG und EAG

a) Hinweispflicht nach § 2 AGBG

Voraussetzung für die Anwendung von EKG und EAG ist zunächst, daß beide Vertragsparteien ihren Sitz in Vertragsstaaten haben und daß ferner die Geltung von EKG und EAG nicht ausgeschlossen ist, was - wie unten noch zu zeigen ist - auf vielfältige Weise möglich ist und in der Praxis auch häufig erfolgt.

Zunächst sind anhand der §§ 2, 3 AGBG und der Art. 2 bis 7 des EAG mögliche Kollisionsbereiche zu ermitteln.
Dabei ist festzustellen, daß das EAG eine besondere Hinweispflicht für AGB, wie sie in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AGBG geregelt ist, nicht kennt. Art. 4 EAG bestimmt als Voraussetzung eines Angebots lediglich die Bestimmtheit der Mitteilung des Offerenten und den in ihr zum Ausdruck kommenden Bindungswillen.

Die Frage, ob AGB, die im Geltungsbereich der Einheitlichen Kaufgesetze gegenüber Privaten (für

Kaufleute entfällt die Hinweispflicht nach §2 AGBG auf Grund von § 24 AGBG) verwendet werden, auch ohne besonderen Hinweis nach § 2 AGBG in den Vertrag einbezogen werden, fordert eine Klärung der Konkurrenz zwischen AGBG und den Einheitlichen Kaufgesetzen heraus.

In der Literatur scheint die Meinung zu überwiegen[162], daß die Abschlußvorschriften des EAG Vorrang vor § 2 AGBG haben. Oftmals wird hierfür jedoch keine Begründung gegeben, oder es werden die Vorschriften der Einheitlichen Kaufgesetze kurzum als lex specialis gegenüber dem AGBG angesehen.
Dabei hängt die Beantwortung dieser Frage entscheidend davon ab, wie das Spannungsverhältnis von Art. 8 Satz 2 EKG und Art. 15 EKG in diesem Fall aufzulösen ist.
Zwar regeln die Einheitlichen Kaufgesetze nicht die Frage der Gültigkeit des Vertrages oder darin enthaltener Bestimmungen, hingegen besteht in ihrem Anwendungsbereich Formfreiheit.
Es ist somit die diesbezügliche Einordnung des § 2 AGBG vorzunehmen.
§ 2 AGBG kann jedoch nicht als Formvorschrift betrachtet werden, da darin nicht bestimmt ist, in welcher Form (bspw. Schriftform) der Hinweis zu erfolgen hat[163] (anders dagegen wohl Art. 1341 des italienischen Codice civile, wonach gefährliche

---

162 Löwe in: Löwe/Graf v. Westphalen/Trinker AGBG, § 2 Anh., Rdnr. 15ff.; Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 2 Anh., Rdnr. 11; Staudinger-Schlosser, § 12 AGBG, Rdnr. 4; Nörenberg, NJW 1978, 1082, 1084; Drobnig S. 614; Hausmann WM 1980, 731; Hübner NJW 1980, 2607
a.A. Landfermann RIW 1977, 445, 451; Stoll S. 781; Schlechtriem GS Rödig, S. 259

163 die ausdrückliche Erklärung der Einbeziehung von AGB kann auch mündlich erfolgen(vgl. MünchKomm.-Kötz, § 2 AGBG, Rdnr. 6)

Klauseln nur bei schriftlicher Bestätigung wirksam werden[164]). Die Forderung des § 2 AGBG, den Vertragspartner bei Vertragsschluß auf die Verwendung von AGB ausdrücklich hinzuweisen, läßt dem Verwender freie Wahl, wie er dieser Verpflichtung nachkommen will.
Auch der Hinweis auf Art. 5 Abs. 2 EKG[165] ändert nichts, da das Abzahlungsgesetz echte Formvorschriften enthält (vgl. § 1a Abs. 1 S. 1 AbzG); hier hat dieser Vorbehalt Sinn.
Abzulehnen ist jedoch die Ansicht[166], AGB, die auf Grund von Vorverhandlungen oder Gepflogenheiten Vertragsbestandteil werden, seien als Individualvereinbarungen anzusehen.
§1 AGBG definiert nämlich AGB unabhängig von der Art ihrer Einbeziehung. Über Art. 8 Satz 2 EKG wird dem jeweiligen nationalen Recht auch die Kompetenz zugewiesen, den Kontrollumfang vertraglicher Bestimmungen selbst festzulegen. Die Art der Einbeziehung vermag an dieser Festlegung nichts zu ändern.

§ 2 AGBG ist daher als Bestimmung anzusehen, die die materielle Gültigkeit von Vertragsbestimmungen regelt.

Mithin werden AGB auch im Geltungsbereich der Einheitlichen Kaufgesetze gegenüber Privaten nur

---

164 so auch Dölle-Herber, Art. 8 EKG, Rdnr. 6

165 etwa v. Westphalen, WM 1978, 1310, 1314

166 so Dölle-Schlechtriem, Art. 4 EAG, Rdnr. 35 a.E.

167 Schlechtriem, GS Rödig S. 259; Landfermann, RIW 1977, 445, 452

dann Vertraginhalt, wenn die Voraussetzungen des § 2 AGBG vorliegen.

b) § 3 AGBG

Bei der Frage des Verhältnisses von § 3 AGBG zu EKG und EAG wird schon die Möglichkeit einer Kollision in Frage gestellt[167]. Dabei wird allerdings zu wenig beachtet, daß die Einführung von AGB in ein Vertragsverhältnis nicht nur gemäß Art. 4 EAG erfolgen kann - auch wenn dies der häufigste Fall sein wird - vielmehr können AGB auch der Offerte beigefügt sein und dann gemäß Art. 4 Abs. 1 in den Vertrag einbezogen werden.

Damit stellt sich auch für § 3 AGBG die Frage, ob hier eine Gültigkeitsvorschrift im Sinne des Art. 8 Satz 2 EKG vorliegt oder eine Formvorschrift[168] im Sinne des Art. 15 EKG.

Gegen die Annahme einer Formvorschrift spricht in erster Linie, daß auch § 3 AGBG - ebenso wie § 2 AGBG - es den Parteien unbenommen läßt, welche Form sie für den Vertrag wählen wollen.
§ 3 AGBG zieht lediglich als ein Merkmal der ge-

168 Nörenberg, NJW 1978, 1082, 1084, der dies damit begründet, daß das AGBG für die Ungewöhnlichkeit der Klausel auf das äußere Erscheinungsbild abstelle.

samten Umstände das äußere Erscheinungsbild des Vertrages heran, um die Ungewöhnlichkeit einer Klausel beurteilen zu können.
Damit regelt die Vorschrift - ebenfalls wie § 2 AGBG - die materielle Gültigkeit von Vertragsbestimmungen und ist somit gemäß Art. 8 Satz 2 EAG auch in dessen Geltungsbereich anwendbar.

c) Sprachwahl im Bereich des EKG/EAG

Es bedarf der Überlegung, ob im Anwendungsbereich von EKG und EAG Besonderheiten gegenüber dem deutschen unvereinheitlichten Recht (vgl. oben I. 5.) bestehen, was die von den Parteien für ihre Erklärungen zu verwendende Sprache anbelangt.
Das Einheitliche Kaufrecht macht hierzu keine Aussagen.
Nach Art. 15 EKG, Art. 3 EAG besteht Formfreiheit. Mit Recht wird die Frage der Sprachwahl nur von wenigen Stimmen in der Literatur als "Form"-Problem betrachtet[169]. Somit läßt sich auch für den Anwendungsbereich des Einheitlichen Kaufrechts die Feststellung treffen, daß bei der erstmaligen Kontaktaufnahme der Erklärende das Sprach- und Verständnisrisiko trägt[170], spätere Erklärungen dann in der Vertragssprache abzugeben sind[171].

---

169 Diese Feststellung trifft Dölle-Reinhart, Art. 15 EKG, Rdnr. 39

170 Graf v. Westphalen in: Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, Anh. zu § 2 AGBG, Rdnr. 25

171 Dölle-Reinhart, Art. 15 EKG Rdnr. 44; OLG Frankfurt, IPrax 1982, 242 meint, für ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben gelte dies jedenfalls dann, wenn es Abänderungen bringe

d) Besonderheiten bei kollidierenden AGB

Ausgehend von einem hierfür typischen Fall, daß nämlich der Käufer unter Zugrundelegung seiner Einkaufsbedingungen bestellt, der Verkäufer aber sich zur Lieferung nur nach seinen Verkaufsbedingungen bereit erklärt, stellt sich die Frage, ob der Vertrag nun überhaupt, und wenn ja, zu welchen Bedingungen zustandegekommen ist.

Dabei darf - ohne daß die Abgrenzungskriterien im einzelnen darzulegen sind - davon ausgegangen werden, daß die Abweichungen der Bedingungen voneinander als "wesentlich" im Sinne des Art. 7 Abs. 2 EAG anzusehen sind[172]. Schließlich ist die Intgeressenlage von Käufer und Verkäufer in vielen Punkten eine konträre.
Sind die Parteien sich jedoch über die essentialia negotii einig und wird der Vertrag durchgeführt, ohne Klärung, wessen AGB nun gelten sollen, so kann dies als Annahme der Gegenofferte des Verkäufers zu werten sein[173] oder aber als eine Einigung der Parteien, den Vertrag unter Ausschluß der AGB zustandezubringen[174].
Letzteres kann sich aus Vorverhandlungen, Gepflogenheiten oder Rahmenvereinbarungen ergeben, wird aber wohl immer dann naheliegen, wenn die Parteien

172 ähnlich Dölle-Schlechtriem, Art. 7 EAG, Rdnr. 20

173 Dölle-Schlechtriem, Art. 7 EAG, Rdnr. 19, skeptisch Mertens-Rehbinder,Art. 7 EAG, Rdnr. 9

174 so Mertens-Rehbinder aaO.

auch schon vorausgegangene Verträge durchgeführt haben, ohne auf Klärung der gültigen AGB bestanden zu haben.

Im Ergebnis läßt sich also sagen, daß die Lösung, des Problems "kollidierender AGB" unter EKG und EAG der des BGB entspricht.

2. Die Auslegungsvorschriften des AGBG im Geltungsbereich von EKG und EAG

Das Einheitliche Kaufrecht enthält keinerlei Vorschriften über die Auslegung von Verträgen im allgemeinen und von AGB im besonderen.
Diese könnten entsprechend Art. 17 EKG den allgemeinen Rechtsgrundsätzen dieses Gesetzes entnommen werden oder aber den Auslegungsregeln des nach IPR zuständigen nationalen Rechts; für AGB, die danach nach deutschem Recht zu beurteilen wären, also die §§ 4, 5 AGBG.
Für die Heranziehung von Art. 17 EKG spricht hauptsächlich die mit dem EKG und EAG bezweckte Vereinheitlichung des Rechts des internationalen Warenkaufs[175], mit Art. 17 EKG wird eine von na-

175 Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 AGBG, Anh; Rdnr. 14; ebenso Dölle-Wahl, Art. 17 EKG, Rdnr. 20; im Ergebnis auch Mertens-Rehbinder Art. 17 EKG, Rdnr. 27;
anders dagegen Stoll, S. 781, der die Vorschriften über die einschränkende Auslegung von AGB der Inhaltskontrolle zurechnen will und damit vom Vorbehalt des Art. 8 Satz 2 EKG mitumfaßt sehen will.

tionalen Rechten losgelöste Fortentwicklung des Einheitsrechts angestrebt.

Allerdings wird zu Recht festgestellt, daß dieser Frage nur eine geringe Bedeutung zukommt, da die Auslegungsvorschriften der §§ 4, 5 AGBG lediglich allgemeine Auslegungsgrundsätze kodifizieren[176].

3. Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Geltungsbereich von EKG und EAG

Gemäß Art. 8 Satz 2 EKG befassen sich die Einheitlichen Kaufgesetze nicht mit der Gültigkeit vertraglicher Bestimmungen. In diesem Bereich sind somit die nach IPR zuständigen nationalen Rechte anzuwenden[177], so daß sich die Folgerung anböte, die §§ 9 - 11 AGBG seien uneingeschränkt neben dem EKG und EAG anwendbar.

Dagegen wird sogleich der Einwand erhoben[178], dies gelte nur für § 11 AGBG, wenn Vertragspartner ein Nichtkaufmann sei. Nur die dort genannten Klauseln seien ohne Wertungsmöglichkeit ungültig.

176 Ulmer aaO.

177 Graf v. Westphalen in: Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, § 2 AGBG, Anh., Rdnr. 20, wonach die "Kontrolle" von AGB nach dem jeweiligen nationalen Landesrecht vorgenommen werden soll.

178 Schlechtriem, GS Rödig S. 255, 256

Werden in §§ 10, 11 AGBG genannte Klauseln gegenüber Kaufleuten - hier kommen diese Vorschriften nur mittelbar über § 9 AGBG zur Anwendung[179] - verwendet, so seien diese nur unwirksam, wenn sie auch von wesentlichen Grundgedanken des Einheitlichen Kaufrechts abwichen; der Bewertungsmaßstab sei mithin dem Einheitlichen Kaufrecht, die Rechtsfolge aber dem AGBG zu entnehmen.

Dagegen ist einzuwenden, daß nach Art. 8 Satz 2 EKG sich das Einheitliche Kaufrecht mit der Gültigkeit des Vertrages überhaupt nicht befaßt.
Dies läßt wohl die Schlußfolgerung zu, daß das Einheitliche Kaufrecht ebensowenig den Bewertungsmaßstab für Klauseln mit Wertungsmöglichkeit zur Verfügung stellen will.
Es hat auch den Vorteil der dogmatischen Klarheit für sich, den gesamten Bereich der Inhaltskontrolle dem jeweiligen nach dem IPR der lex fori zuständigen Recht zu unterstellen.

Im übrigen wird der Unterschied in der Praxis keine allzu große Bedeutung erlangen. Das in § 9 AGBG enthaltene Tatbestandsmerkmal von "Treu und Glauben" ist auch als Bestandteil der Grundgedanken des Einheitlichen Kaufrechts anzusehen[180].

---

179 Schlechtriem, FS Duden S. 571, 577

180 so Dölle, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, Einl. S. XXXIII; ebenso Dölle-Wahl aaO., Art. 17, Rdnr. 56

4. Der Ausschluß des Einheitlichen Kaufrechts durch AGB

Gemäß Art. 3 EKG können die Parteien eines Kaufvertrags die Anwendung des EKG und über Art. 1 EAG auch des EAG ausdrücklich oder stillschweigend ausschließen.
Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis überwiegend Gebrauch gemacht[181].

a) ausdrücklicher Ausschluß

Dieser ist unproblematisch; *Müller*[182] schlägt hierfür im Zusammenhang mit der Rechtswahlklausel in AGB folgende Formulierungen vor:

---

181 vgl. oben Fn. 161

182 in Sandrock, Bd. 1, Abschn. C, Rdnr. 81

1. "Auf den Vertrag findet deutsches Recht Anwendung, jedoch unter Ausschluß des Einheitlichen Kaufgesetzes EKG und des Einheitlichen Vertragsabschlußgesetzes EAG".

Oder

2. "Auf diesen Vertrag sollen die Bestimmungen des Einheitlichen Kaufgesetzes EKG und des Einheitlichen Vertragsabschlußgesetzes EAG nicht angewendet werden".

Als unproblematisch ist es ferner anzusehen, wenn die Parteien in den AGB das Recht eines Nichtvertragsstaates für anwendbar erklären[183] oder aber die Rechtswahl ausdrücklich auf das unvereinheitlichte nationale Kaufrecht gerichtet ist, die verwendete Klausel etwa heißt:"Es gilt das Kaufrecht des deutschen BGB/HGB"[184].

---

183 Hausmann, RIW 1977, 186, 188

184 Beispiel entnommen von Hausmann aaO.

b) stillschweigender Ausschluß

Zunächst stellt sich die Frage, welche Rechtsordnung die Kriterien für einen stillschweigenden Ausschluß des Einheitlichen Kaufrechts liefert, da sich darin selbst keine diesbezüglichen Bestimmungen finden.
Einerseits könnten diese dem jeweiligen nach dem IPR der lex fori zuständigen nationalen Recht zu entnehmen sein, andererseits käme auch in Betracht, sie entsprechend Art. 17 EKG aus den Grundsätzen des Einheitlichen Kaufrechts zu entwickeln.
Angesichts des Gewichts, das die Möglichkeit des Ausschlusses von EKG und EAG derzeit besitzt[185], erscheint eine Herausarbeitung der hierfür sprechenden Umstände und Indizien aus den Grundgedanken des Einheitsrechts dringend erforderlich[186].
Zu Recht wird hervorgehoben[187], daß es Zweck der Kaufrechtsabkommen sei, den internationalen Rechtsverkehr zu vereinheitlichen und von daher ein etwaiger Ausschlußwille der Parteien mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommen müsse.
Nachstehend soll nun versucht werden, einzelne Bestimmungen in AGB auf ihre Eignung, das Einheitliche Kaufrecht auszuschließen, hin zu prüfen.

---

185 Die überwiegende Praxis hat sich bisher mit dem Einheitlichen Kaufrecht wohl nur unter dem Gesichtspunkt seines Ausschlusses befaßt, vgl. oben Fn. 161

186 so mit Recht Hausmann, RIW 1977, 186, 187; ders. in WM 1980, 726, 727; Mertens-Rehbinder Art. 3 EKG, Rdnr. 7; Dölle-Herber, Art. 3 EKG, Rdnr. 6; Stötter, RIW 1978, 578, 580; der BGH (NJW 1979, 1779, 1780) hat sich dieser Auffassung angeschlossen.

187 BGH aaO.

aa) Die Klausel: "Es gilt deutsches Recht"

Insbesondere bei Rahmenverträgen, die vor Inkrafttreten von EKG und EAG abgeschlossen wurden, könnte streitig sein, ob die Parteien nicht einen stillschweigenden Ausschluß des Einheitlichen Kaufrechts gewollt hatten[188].
Nunmehr ist das Einheitliche Kaufrecht bereits über zehn Jahre in Kraft, so daß diese spezielle Frage nicht mehr behandlungsbedürftig erscheint.

Haben die Parteien ihre vertraglichen Beziehungen nach dem Inkrafttreten von EKG und EAG aufgenommen und dabei in ihren AGB die Klausel "es gilt deutsches Recht" verwendet, so läßt sich zunächst rein begrifflich einmal argumentieren, das Vertragsverhältnis beurteile sich - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - nach EKG und EAG, da diese Gesetze ebenfalls deutsches Recht seien[189]; es müßten zu der fraglichen Klausel noch Umstände hinzutreten, aus denen sich ergebe, daß die Vertragsparteien ihre Beziehungen dem unvereinheitlichten Kaufrecht unterstellen wollten.

Die Gegenauffassung[190], die die Klausel als stillschweigenden Ausschluß des Einheitlichen

188 vgl. Hausmann, RIW 1977, 186, 189 der annimmt, bei unveränderter Verwendung dieser Rechtswaehlklausel ginge der Wille der Parteien im Zweifelsfall dahin, ihre vertraglichen Beziehungen auch weiterhin dem bisherigen - unvereinheitlichten - Kaufrecht zu unterwerfen. Dieses Ergebnis lasse sich auch mit Art. 9 EKG begründen, wonach die Parteien an Gepflogenheiten, zu denen auch die Verwendung von AGB gehöre, gebunden seien.

189 BGH NJW 1979, 1779, 1780 mit bejahender Anmerkung von Landfermann; Hiddemann, WM 1982, Sonderbeilage 5, S. 11; zweifelnd noch OLG München RIW 1978, 341;
a.A. OLG Koblenz IPrax 1982, 20

190 Hausmann aaO.

Kaufrechts ausgelegt wissen möchte, führt als mögliche Argumente an, für die Auslegung von AGB komme es - anders als bei individualvertraglichen Vereinbarungen - nicht auf den Willen der Vertragsparteien im Einzelfall an; maßgeblich sei vielmehr der typische Sinn der jeweiligen Klausel[191].
Schließe eine deutsche Firma internationale Kaufverträge mit Unternehmen in Vertragsstaaten, wie auch mit solchen, die ihren Sitz in Nichtvertragsstaaten haben, so führe die einheitliche Auslegung der Klausel zu dem Schluß, daß das interne Kaufrecht des BGB/HGB gelten solle, EKG und EAG hingegen ausgeschlossen sein sollen.

Diese Gedankenführung verläßt jedoch den zuvor eingenommenen Ausgangspunkt[192], die Auslegung des Begriffs "stillschweigender Ausschluß" sei aus dem Einheitlichen Kaufrecht selbst heraus zu entwikkeln. Dabei kommt aber dem dem Gesetz innewohnenden Zweck, das Recht des internationalen Warenkaufs zu vereinheitlichen, eine bewahrende Funktion zu, die eine extensive Auslegung des an sich möglichen, stillschweigenden Ausschlusses verhindert.
Hier spricht bereits der Wortlaut der Klausel gegen einen Ausschluß von EKG und EAG.
Ferner kann ein aus den Grundgedanken von EKG und

---

191 vgl. für das deutsche unvereinheitlichte Recht Palandt-Heinrichs, § 5 AGBG, Anm. 3

192 Hausmann, RIW 1977, 186, 187

EAG entwickelter Auslegungsansatz nicht zwischen Vertrags- und Nichtvertragsstaaten unterscheiden (dies ist nur aus der Sicht des nationalen Rechts möglich), da die Haager Kaufrechtsübereinkommen eine solche Unterscheidung nicht vorsehen und diese erst aufgrund der in den Rahmenübereinkommen vereinbarten Vorbehalte möglich ist.

Ohne das Hinzutreten besonderer Umstände[193] ist die Klausel:"Es gilt deutsches Recht" nicht als stillschweigender Ausschluß der Einheitlichen Kaufgesetze anzusehen[194].

bb) Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsklauseln

Die Rechtsprechung[195] betrachtet Gerichtsstandsklauseln als eine Form stillschweigender Rechtswahl. Wird dabei ein Gerichtsstand in einem Vertragsstaat gewählt, so wird obigen Ausführungen entsprechend dies nicht einen stillschweigenden Ausschluß des Einheitlichen Kaufrechts bedeuten[196]. Wird hingegen ein Gerichtsstand in einem Nichtvertragsstaat - und damit auch dessen Recht - gewählt, so bleibt für die Anwendung des Einheitlichen Kaufrechts kein Raum.

---

193 wie etwa im Sachverhalt von BGH WM 1981, 169f., wo die Parteien im Prozeß die Geltung deutschen Rechts vereinbarten und im Streit um die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen ihre Erwägungen auf die §§ 477 ff. stützten.

194 ebenso Dölle-Herber, Art. 3 EKG, Rdnr. 9; Stötter, EKG, Art. 3, Anm. 2c; ders., RIW 1978, 578ff; Huber DB 1975, 1205, 1206; Mann JZ 1975, 14, 15; a.A. Mertens-Rehbinder, Art. 3 EKG, Rdnr. 9 (vgl. dort aber Art. 4 EKG, Rdnr. 11f.)

195 BGH RIW 1976, 447; zuletzt OLG Hamburg RIW 1982, 205

196 Hausmann, RIW 1977, 186, 190 weist zu Recht darauf hin, daß Gegenteiliges dann gilt, wenn im Land des Gerichtsstandes EKG und EAG nur kraft ausdrücklicher Rechtswahl gelten; ders. auch WM 1980, 726f.

Gleiches gilt auch dann, wenn die zwischen den Parteien vereinbarten AGB eine Schiedsgerichtsklausel enthalten. Auch die Vereinbarung eines Schiedsgerichts ist im Zweifel als stillschweigende Wahl des Rechts zu betrachten, das am Sitz des Schiedsgerichts gilt[197], da die Schiedsrichter einen Rechtsstreit wohl am besten nach ihrem eigenen Recht entscheiden können.
Hat das Schiedsgericht seinen Sitz demnach in einem Nichtvertragsstaat, so entfällt die Anwendung von EKG und EAG.
Liegt hingegen der Sitz des Schiedsgerichts in einem Vertragsstaat, so wird - von Besonderheiten abgesehen[198] - das Einheitliche Kaufrecht anzuwenden sein.

c) Ausschluß des Einheitlichen Kaufrechts kraft hypothetischen Parteiwillens

Haben die Parteien weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Rechtswahl getroffen, so ermittelt das Gericht das anzuwendende Recht aufgrund einer Interessenabwägung auf objektiver Grundlage(sog. hypothetischer Parteiwille).
Umstritten ist dabei die Frage, ob der hypotheti-

197 so auch BGH AWD 1970, 31; OLG Hamburg RIW 1979, 482, 484

198 vgl. oben Fn. 196

sche Parteiwille das Einheitskaufrecht verdrängen kann. Das wird teilweise mit dem Argument bejaht[199], der hypothetische Parteiwille sei vom stillschweigenden kaum zu unterscheiden. Ferner wird gesagt, der "mutmaßliche"[200] Parteiwille sei ein Fall ergänzender Vertragsauslegung, die ohne Berücksichtigung der subjektiven Parteivorstellung nicht möglich sei und in Wirklichkeit ebenfalls dem stillschweigenden Parteiwillen gleichzusetzen.

Letztendlich sagen beide Auffassungen nichts darüber aus, ob ein Ausschluß des Einheitsrechts aufgrund einer Interessenabwägung auf objektiver Grundlage in Betracht kommen kann, da sie den Begriff des "hypothetischen Parteiwillens" nicht in diesem Sinne verstehen wollen, sondern ihn quasi als Synonym des "stillschweigenden Parteiwillens" zu betrachten scheinen.

Geht man hingegen davon aus, daß Art. 3 EKG für den Ausschluß des Einheitlichen Kaufrechts eine - wenn auch minimale - Betätigung des Parteiwillens erfordert, Gleichgültigkeit der Parteien dieser Frage gegenüber mithin nicht genügen läßt, so kann die vom Gericht im Wege ergänzender Rechtsfindung[201] vorgenommene Schwerpunktbestimmung des Vertrags auf objektiver Grundlage - als hypothetischer Parteiwille[202] bezeichnet - die fehlende Be-

199 Kegel, § 18 I 5b

200 so die von Mann JZ 1975, 14, 16 gewählte Bezeichnung

201 dieser von Sandrock-Steinschulte Bd. 1, Abschn. A, Rdnr. 51 gebrauchte Ausdruck ist dem Begriff "ergänzende Vertragsauslegung" vorzuziehen, denn er verdeutlicht, daß die Bestimmung des anwendbaren Rechts eine Rechtsschöpfung des Richters, frei von den subjektiven Vorstellungen der Parteien darstellt. Vgl. auch Reithmann-Martiny, Rdnr. 35

202 Henrich, JZ 1961, 262 hält diese Bezeichnung nicht ganz zu Unrecht für einen "hohlen Begriff".

tätigung des Ausschlußwillens der Parteien nicht ersetzen[203].

Ein Ausschluß der Einheitlichen Kaufgesetze kraft hypothetischen Parteiwillens ist daher nicht möglich[204].

d) Nachträglicher Ausschluß der Einheitlichen Kaufgesetze

Sehen sich Vertragsparteien, die sich bei Abschluß des Vertrages keine Gedanken über die Anwendbarkeit des Einheitlichen Kaufrechts gemacht hatten, erst im Prozeß mit dessen Anwendung konfrontiert, so tritt das Problem auf, ob in diesem Zeitpunkt noch ein Ausschluß des Einheitsrechts möglich ist.

Die Rechtsprechung, die diese Frage zunächst offen gelassen hatte[205], entschied sie dann dahin[206], daß ein Ausschluß des Einheitlichen Kaufrechts auch noch während des Rechtsstreits - jedenfalls in den Tatsacheninstanzen - erfolgen könne.

---

203 BGH NJW 1979, 1779, 1780 hält Ausnahmen allenfalls dann für denkbar, wenn in der Übergangszeit nach Inkrafttreten des Einheitskaufrechts, dessen von den Parteien nicht bedachte Anwendung für diese unzumutbar wäre.
Nachdem das Einheitskaufrecht nunmehr bereits über 10 Jahre in Kraft ist, wird diese Ausnahme kaum mehr Platz greifen können.

204 ganz h.M.; Dölle-Herber, Art. 3 EKG, Rdnr. 6; Kropholler, RabelsZ 38(1974), 346, Fn. 14 Hausmann, WM 1980, 726, 727; Reithmann-Martiny Rdnr. 295; Stötter RIW 1978, 578, 579; Cohn, JZ 1975, 246; BGH NJW 1979, 1779ff. mit zustimmender Anmerkung von Landfermann

205 BGH NJW 1979, 1779ff.

206 BGH WM 1981, 169f.

Soweit das Schrifttum zu dieser Frage Stellung bezogen hat[207], wird dies ebenfalls vertreten. Gegen einen - an der vom deutschen IPR eröffneten Möglichkeit nachträglicher Rechtswahl angelehnten - nachträglichen Ausschluß von EKG und EAG lassen sich durchgreifende Bedenken nicht erheben.
Die grundsätzliche Disponibilität des Einheitsrechts kann in Verbindung mit dem Umstand, daß Art. 3 EKG keinen Zeitpunkt für die Vereinbarung des Ausschlusses trifft (was bei einem konkludenten Ausschluß auch nicht ganz unproblematisch wäre) zu gar keinem anderen Ergebnis führen.
Zweifel könnten lediglich insoweit angemeldet werden, als ein Ausschluß noch bis zur letzten mündlichen Tatsachenverhandlung möglich sein soll[208]. Den Parteien wäre unter Umständen dadurch die Möglichkeit eröffnet, einen erstinstanzlichen Urteilsspruch auf der Basis des Einheitsrechts zu erwirken und die Berufungsinstanz dann etwa aufgrund eines nationalen unvereinheitlichen Rechts entscheiden zu lassen.
Das hiermit angesprochene Problem - dessen praktische Bedeutung wegen der konträren Interessenlage der Prozeßparteien nur schwer abzuschätzen ist - steht allerdings in untrennbarem Zusammenhang mit der Möglichkeit nachträglicher Rechtswahl im Prozeß. Auch diese müßte dann auf die 1. Instanz beschränkt werden, da andernfalls die Parteien die

---

207 ersichtlich bisher nur Hausmann WM 1980, 726, 727

208 BGH WM 1981, 169f.

Anwendung des Einheitlichen Kaufrechts durch die Wahl des Rechts eines Nichtvertragsstaats in der Berufungsinstanz umgehen könnten.

e) Teilweise Ausschluß von EKG und EAG

Zwar ist angesichts der von der Praxis geübten Zurückhaltung[209] gegenüber der Anwendung des Einheitskaufrechts kaum zu erwarten, daß Vertragsparteien etwa in AGB das Einheitliche Kaufrecht ausdrücklich nur teilweise ausschließen. Der Grund dafür wird hauptsächlich darin zu suchen sein, daß die rechtlichen Folgen eines teilweisen Ausschlusses des Einheitsrechts noch weitgehend ungeklärt sind[210].
Allerdings gewinnt die Problematik auf andere Weise an Bedeutung.

Zunächst kann sich die Frage eines stillschweigenden Ausschlusses der Einheitlichen Kaufgesetze auch dann stellen, wenn in den AGB Rechtswahl-, Gerichtsstands-, oder Schiedsgerichtsklauseln fehlen, andererseits entsprechende Bezugnahmen auf unvereinheitlichtes nationales Recht vorhanden sind.

---

209 vgl. Magnus oben Fn. 161; nunmehr Bauer RIW 1981, 663, 668

210 Eine umfangreichere Abhandlung gibt es nur von Hausmann WM 1980, 726ff.

Es wäre durchaus denkbar, daß eine derartige Klausel lautete:"Die Gewährleistung richtet sich nach den §§ 459 ff. BGB".
Damit wird sicherlich der Wille der Parteien, das Einheitsrecht auszuschließen zum Ausdruck gebracht[211].

Fraglich bleibt allerdings, ob sich dieser Klausel ein Ausschlußwille der Parteien bezüglich des gesamten Einheitskaufrechts entnehmen läßt oder ob sich der Ausschlußwille nur auf Teilgebiete beschränkt und was die Folge von letzterem wäre.
Das ist im folgenden näher zu untersuchen.

aa) Voraussetzungen eines teilweisen Ausschlusses von EKG und EAG

Im Schrifttum wird ein vollständiger Ausschluß des Einheitlichen Kaufrechts dann angenommen, wenn die AGB in zahlreichen Klauseln und in weitgehend umfassender Weise auf den Bestimmungen einer nationalen Rechtsordnung aufbauen[212].

Hiergegen bestehen keine Bedenken.

---

211 vgl. Landfermann in Anmerkung zu BGH NJW 1979, 1782; BGH WM 1981, 169, 170f.;
wohl einhellige Meinung: Huber, der von Landfermann für die Gegenmeinung in Anspruch genommen wird, stellt lediglich die Frage, ob das EKG dadurch ganz oder nur teilweise ausgeschlossen wird; auch Stötter RIW 1978, 578, 581 hält einen Ausschluß des EKG - wenn auch unter zusätzlichen Bedingungen - für möglich.

212 Landfermann NJW 1974, 385, 390; im Anschluß daran Hausmann, RIW 1977, 186, 191

Auch ist davon auszugehen, daß durch AGB, die lediglich Teilbereiche der im EKG geregelten Rechte und Pflichten der Parteien ausschließen oder abändern, nicht der Wille der Parteien zum Ausschluß des Einheitlichen Kaufrechts im ganzen ausgedrückt werden soll[213].

Offen ist allerdings, ob die Frage des teilweisen Ausschlusses - wie es *Hausmann* vorschlägt - danach abzugrenzen sei, ob die in den AGB enthaltenen Sonderregeln zusammen mit den anwendbaren Bestimmungen des EKG eine abgewogene Gesamtregelung ergeben, oder ob die Aufspaltung des Vertrages in dem EKG und dem nationalen Kaufrecht unterliegende Teile die Beurteilung der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien nicht mehr zuläßt oder in unerträglicher Weise kompliziert, wobei im letzteren Fall ein vollständiger Ausschluß anzunehmen sei.

Gegen eine derartige Abgrenzung spricht, daß sie nur schwer handhabbar ist. Was ist denn unter einer auf einen Teilausschluß hindeutenden abgewogenen Gesamtregelung von Sonderregelungen und EKG-Normen zu verstehen?
Materielle Gerechtigkeitserwägungen dürften für die Beantwortung dieser Frage fehl am Platze sein.

213 Landfermann aaO.; Hausmann aaO; Mertens-Rehbinder, Art. 3 EKG, Rdnr. 10

Vielmehr ist im Interesse der Rechtssicherheit die Möglichkeit eines teilweisen Ausschlusses von EKG und EAG durch Klauseln in AGB, die mit nationalem Recht korrespondieren, zu beschränken.

So wird ein teilweiser Ausschluß des Einheitsrechts nur dann anzunehmen sein, wenn die in AGB enthaltenen Sonderregelungen sich auf ein exakt abgrenzbares Teilgebiet (etwa aus dem "besonderen" Teil des EKG - Artt. 18ff.) beschränken und selbst eindeutig auf einer nationalen Rechtsordnung aufbauen. Im Zweifel wird ein Ausschluß des Einheitsrechts im ganzen anzunehmen sein.

bb) Folgen eines teilweisen Ausschlusses

Haben die Parteien nun für Teilbereiche durch auf nationale Vorschriften Bezug nehmende AGB die Geltung des Einheitsrechts ausgeschlossen, so stellt sich die Frage, ob der Vertrag auch bezüglich der Gültigkeit dieser Sonderregelungen dem fraglichen nationalen Recht unterliegt.
Das hängt davon ab, ob dem Ausschluß kollisionsrechtliche oder materiellrechtliche Wirkung zukommt.
Haben die fraglichen Klauseln eindeutigen Bezug zu

einer nationalen Rechtsordnung, so kann dies als Indiz dafür gewertet werden, daß die Parteien den Vertrag auch insoweit der nationalen Rechtsordnung unterstellen wollten[214].

Haben die Parteien hingegen international übliche Klauseln oder Handelsbräuche vereinbart, so kann daraus nicht auf den Willen der Parteien geschlossen werden, das Einheitsrecht mit kollisionsrechtlicher Wirkung abzubedingen, insbesondere spricht die einheitsrechtliche Auslegungsvorschrift des Art. 9 Abs. 3 EKG dafür, daß nicht jegliche Ergänzung des Einheitsrechts kollisionsrechtlicher Natur ist[215].

Liegt eine kollisionsrechtliche Verweisung in diesem Sinne vor, so beurteilt sich die Gültigkeit der entsprechenden Klauseln in den AGB - bei Anwendbarkeit deutschen Rechts - nach dem AGBG.

Geht man - wie oben vertreten - davon aus, daß bei Verbraucherverträgen die Vorschriften über die Einbeziehung und Inhaltskontrolle im AGBG ohnehin den Vorschriften des EKG vorgehen, so ergibt sich im Falle eines teilweisen Ausschlusses des Einheitsrechts mit kollisionsrechtlicher Wirkung nunmehr die Besonderheit, daß die §§ 4, 5 AGBG unmit-

214 Hausmann, WM 1980, 726, 729

215 Mertens-Rehbinder Art. 3 EKG, Rdnr. 17

telbar zur Auslegung der fraglichen Bestimmungen in den AGB heranzuziehen sind.

Es ist zu bezweifeln, ob sich in der Praxis dadurch Unterschiede bei der Auslegung von Klauseln nach den §§ 4, 5 AGBG zu Art. 17 EKG ergeben.

Hat der Teilausschluß indessen materiellrechtliche Wirkung - bauen die in den AGB enthaltenen Sonderregelungen also nicht auf einer bestimmten nationalen Rechtsordnung auf - so sind auch die entsprechenden Klauseln in Bezug auf Einbeziehung und Auslegung nach dem Einheitsrecht zu beurteilen.

Dabei stellt sich allerdings das Problem, welchem Recht der Richter die Kriterien für die Inhaltskontrolle der AGB zu entnehmen hat; das Einheitliche Kaufrecht regelt diesen Komplex bewußt nicht (Art. 8 Satz 2 EKG).
Hier bietet es sich an, diese Kriterien dem nach dem IPR der lex fori berufenen Recht zu entnehmen[216]; Art. 2 EKG steht dem nicht entgegen, da für die Frage der Inhaltskontrolle das EKG gerade keine Anwendung findet.

---

216 Hausmann aaO.

III. Ausblick:

Auswirkungen des Europäischen Übereinkommens vom 19. Juli 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht auf die Verwendung von AGB

Vorbemerkung:

Vom Ministerrat der EG wurde am 19. Juli 1980 in Rom das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht zur Unterzeichnung aufgelegt[217]. Die Ratifizierung dieses Übereinkommens wurde von der Bundesregierung bereits in die Wege geleitet[218]. Inhaltlich soll das Übereinkommen im Rahmen eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts[219] (im folgenden als EGBGB-E bezeichnet) in das EGBGB integriert werden, das damit auch eine - bisher nicht vorhandene - Regelung des internationalen Vertragsrechts erhalten soll.
Soweit die Bestimmungen des EG-Übereinkommens über das Vertragrecht hinaus von Bedeutung sind, wurden sie im Regierungsentwurf im Ersten und Zweiten Abschnitt untergebracht, das Gros der Bestimmungen

---

217 Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 266, bisher von allen neun damaligen EG-Staaten gezeichnet.

218 vgl. den Entwurf des entsprechenden Vertragsgesetzes vom 20. Mai 1983, BR-Drucksache 224/83

219 vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 20. Mai 1983, BR-Drucksache 222/83; vom Bundesrat im ersten Durchgang gebilligt.

wurde in den Fünften Abschnitt des EGBGB-E eingestellt.

Nachstehend eine Synopse von EG-Übereinkommen und IPR-Entwurf:

Synopse:

EG-Übereinkommen	EGBGB-E
Art 1 Abs. 1	Art. 3 Abs. 1 S. 1
Art. 1 Abs. 2 Nr. a) u. b)	entfallen
Art. 1 Abs. 2 Nr. c), e), f) und Art. 1 Abs. 3 und 4	Art. 37
Art. 1 Abs. 2 Nr. d), g), h)	entfallen
Art. 2	entfallen
Art. 1 Abs. 3 und 4	entfallen
Art. 1 Abs. 2 Nr. d), g), h)	entfallen
Art. 2	entfallen
Art. 3	Art. 27
Art. 4	Art. 28
Art. 5	Art. 29
Art. 6	Art. 30

Art. 7	Art. 34
Art. 8	Art. 31
Art. 9 Abs. 1 bis 3	Art. 11 Abs. 1 bis 3
Art. 9 Abs. 4	entfallen
Art. 9 Abs. 5	Art. 27 Abs. 3
Art. 9 Abs. 6	Art. 11 Abs. 4
Art. 10	Art. 32
Art. 11	Art. 12
Art. 12	Art. 33
Art. 13	Art. 34
Art. 14	entfallen
Art. 15	Art. 3 Abs. 1 S. 2 (modifiziert)
Art. 16	Art. 6
Art. 17	Art. 219 Abs. 1
Art. 18	Art. 36
Art. 19 Abs. 1	Art. 4 Abs. 3
Art. 19 Abs. 2	entfallen
Artt. 20ff.	entfallen

Im folgenden sollen nun die Auswirkungen des EGBGB-E auf die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen untersucht werden; insbesondere etwaige Unterschiede zu der bisherigen Rechtslage herausgearbeitet werden.

1. Die Parteiautonomie

Der Grundsatz der Parteiautonomie wird nunmehr in Art. 27 Abs. 1 EGBGB-E kodifiziert.
Ferner wird geregelt, daß eine Rechtswahl auch nur für Teile des Vertrages[220] zulässig ist, und die Rechtswahl auch erst nachträglich erfolgen kann; bei Verwendung von AGB wird diesen Umständen allerdings keine Bedeutung zukommen.
Während im geltenden Recht streitig ist, ob bei einem reinen Inlandsfall die Wahl ausländischen Rechts zulässig ist[221], regelt Art. 27 Abs. 3 EGBGB-E dies dahin, daß auch hier eine Rechtswahl grundsätzlich zulässig ist, dabei bleiben allerdings die zwingenden Bestimmung des jeweiligen "Inlands"rechts unberührt.

In der Begründung zum Regierungsentwurf[222] wird dies als Kompromißlösung bezeichnet, zwischen der Auffassung, die bei Inlandsfällen keine Rechtswahl

---

220 gegen den Sinn einer derartigen ausdrücklichen Feststellung zu Recht Juenger, RabelsZ 46(1982), 57, 65; Firsching, IPrax 1981, 37, 39

221 vgl. oben I. 1. a) und Nachweise bei Fn. 3 bis Fn. 6

222 BR-Drucksache 222/83, S. 77

zulassen wollte und der Gegenmeinung, die auch hier eine Rechtswahl für unbeschränkt zulässig hält.
Damit verweist die Begründung des Regierungsentwurfs indirekt auf den Bericht zum EG-Übereinkommen[223]; im deutschen Schrifttum gibt es es hingegen keine Auffassung, die eine Wahl ausländischen Rechts bei reinen Inlandsfällen für unbeschränkt zulässig hält[224].

Im Ergebnis läßt sich sagen, daß Art. 27 Abs. 3 EGBGB-E bei reinen Inlandsfällen nur eine materiellrechtliche Verweisung zuläßt[225], die bisher umstrittene Zulässigkeit einer kollisionsrechtlichen Verweisung dagegen verneint.

Die Vorschrift des Art. 27 Abs. 3 EGBGB-E stellt damit neben § 10 Nr. 8 AGBG sicher, daß bei Inlandsfällen das AGBG nicht ausgeschaltet werden kann.

Bei Fällen mit eindeutigem Auslandsbezug wird die Parteiautonomie durch den EGBGB-E ganz allgemein durch Art. 34 Abs. 1 EGBGB-E und bei Vorliegen von Verbraucherverträgen unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Art. 29 Abs. 1 EGBGB-E eingeschränkt.

---

223 Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von Giuliano und Lagarde, ABl. der EG C 282 vom 9.10. 1980, S. 18 rechte Spalte

224 vgl. Fn. 221

225 so auch Juenger, RabelsZ 46(1982), 57, 65

a) Einschränkung der Parteiautonomie durch Art. 29 EGBGB-E für Verbraucherverträge

Art. 29 Abs. 1 EGBGB-E, der auf Art. 5 Abs. 2 des EG-Übereinkommens beruht, beinhaltet eine Sonderanknüpfung zwingender Bestimmungen bei Verbraucherverträgen.
Der Begriff des "Verbrauchervertrages" ist dem deutschen Recht bisher nicht bekannt gewesen, ebenso konnte der Begriff Verbraucherschutz nur als rechtspolitischer Topos verstanden werden.
Die entsprechenden Gesetze knüpfen einerseits an die Zahlungsweise(so das Abzahlungsgesetz), andererseits an die Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen an (so das AGBG).
Die im EGBGB-E verwendete Definition zieht den Kreis der Begünstigten weiter, indem die Sonderanknüpfung zwingender Bestimmungen ganz allgemein bei Lieferung beweglicher Sachen oder Erbringung von Dienstleistungen nebst zugehörigen Finanzierungsverträgen an Private angeordnet wird.
Es ist dabei gleichgültig, ob ansonsten ausländisches Recht kraft vertraglicher Rechtswahl oder objektiver Anknüpfung zur Anwendung berufen wäre.

Eine Erweiterung gegenüber § 12 AGBG bringt Art. 29 Abs. 1 EGBGB-E in doppelter Hinsicht:

Zum einen heißt es dort, dem Verbraucher dürfe der durch die zwingenden Bestimmungen seines Aufenthaltsrechts gewährte Schutz nicht entzogen werden, was wohl nur im Sinne einer direkten Anwendbarkeit dieser Bestimmungen verstanden werden kann; zum anderen werden durch Nr. 3 auch Teilnehmer von sogenannten Kaffeefahrten ins Ausland einbezogen, auf deren Vertragsverhältnisse § 12 AGBG wegen des im Ausland belegenen Abschlußortes nicht anwendbar ist[226].
Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EGBGB-E setzen für die Sonderanknüpfung zwingender Bestimmungen voraus, daß der Verbraucher in dem Staat, dessen zwingende Bestimmungen angewandt werden sollen, die zum Vertragsschluß erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat[227]; hinzukommen muß allerdings, daß dies entweder aufgrund eines Angebots oder einer Werbung geschah oder der Vertragspartner bzw. dessen Vertreter die Bestellung im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers entgegennahm. Abs. 3 sieht dieselbe Rechtsfolge auch dann vor, wenn der Verbraucher vom Verkäufer ins Ausland verbracht wird um ihn dort zum Kauf von Waren zu veranlassen.

Im folgenden sollen die Voraussetzungen des Art. 29 Abs. 1 EGBGB-E kritisch beleuchtet werden. Nr. 1 erscheint noch am wenigsten problematisch; im Gegensatz zu § 12 AGBG, wonach dessen Berück-

---

226 h.M.; vgl. die Nachweise bei Fn. 135

227 Kropholler, RabelsZ 42(1978), 634, 643 bezweifelt, ob es sinnvoll ist, den Ort des Vertragsschlusses zu beachten. Er verweist hierbei auf die entsprechende Kollisionsnorm des § 41 des österreichischen IPR-Gesetzes, die den Ort der rechtsgeschäftlichen Erklärungen unberücksichtigt läßt.
Im Hinblick auf die Regelung in Abs. 2 Nr. 3 EGBGB-E erscheint es jedoch unbedenklich, die durch Art. 29 EGBGB-E vorgesehene Beschränkung der Parteiautonomie davon abhängig zu machen, daß die vertragskonstituierenden Erklärungen des Verbrauchers im Inland abgegeben wurden. Begibt sich ein Verbrau-

sichtigung ein "öffentliches" Angebot voraussetzt, fordert Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 nur ein "ausdrückliches" Angebot. Danach genügt es, wenn das Angebot erst auf Ersuchen des Verbrauchers abgegeben wurde[228]. Der Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB-E verlangt nur, daß das Angebot in dem Aufenthaltsstaat des Verbrauchers dem Vertragsabschluß vorausgegangen sein muß; damit wird wohl alternativ die Abgabe des Angebots oder seine Entgegennahme durch den Verbraucher erfaßt.
Ferner wird dem Begriff "vorausgegangen" nicht nur eine rein zeitliche Bedeutung beizumessen sein. Man wird darin vielmehr das Erfordernis einer Kausalität zumindest im Sinne einer conditio sine qua non des Angebots bzw. der Werbung für den Vertragsschluß sehen müssen.

Bei Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 erscheint problematisch, wonach der Begriff des Vertreters zu bestimmen ist.
Naheliegend wäre für die Auslegung die §§ 164ff. BGB heranzuziehen. Danach wäre die Vorschrift der Nr. 2 nicht anwendbar, wenn sich der Verbraucher "nur" an inländische Boten bzw. Vermittler des ausländischen Unternehmens gewandt hätte.
Eine Auslegung dieser Bestimmung im Sinne des Berichts von *Giuliano/ Lagarde*[229], wonach alle im Namen des Kaufmanns handelnde Personen erfaßt wür-

---

cher ins Ausland, so ist - von den Fällen der Nr. 3 abgesehen - nicht einsichtig, warum ihm auch dort der deutsche Standard an Verbraucherschutz zugute kommen soll. Wer sich persönlich ins Ausland begibt um dort Geschäfte zu tätigen, muß damit rechnen: andere Länder, andere Sitten, anderes Recht.

228 vgl. den oben bei I. 6. a)aa) gebildeten Beispielsfall (1)
Der Bericht von Giuliano/Lagarde (vgl. Fn. 223) S.24 erwähnt in diesem Zusammenhang nur die Abgabe persönlicher Verkaufsangebote über einen Handelsvertreter oder Reisenden.

229 aaO.

den, ließe sich hiermit nicht vereinbaren.
Allenfalls könnte eine derartige Auslegung sich im Zusammenhang mit Art. 36 EGBGB-E, dem Grundsatz der einheitlichen Auslegung ergeben, insbesondere dann, wenn es in anderen Vertragsstaaten schon eine einschlägige Rechtsprechung gäbe.

Auslegungsprobleme wird die Rechtsprechung sicher auch bei Nr. 3 haben werden. Ob seine Voraussetzungen vorliegen, kann wohl nur an Hand der Ausgestaltung der Kooperationsverträge zwischen Verkäufer und Beförderungsunternehmen sowie weiterer Umstände (etwa Reisepreis, Einbindung der Verkaufsveranstaltung in den gesamten Reiseablauf) geklärt werden.

Soweit Art. 29 EGBGB-E eingreift, wird § 12 AGBG als lex prior obsolet.

Indessen verbleibt § 12 AGBG ein nicht unbeträchtlicher Anwendungsbereich.
Zu denken ist dabei an das Werk- und Mietvertragsrecht, an Beförderungsverträge, die gemäß Art. 29 Abs. 4 Nr. 1 EGBGB-E von dessen Geltungsbereich ausgenommen sind, wie auch an Versicherungsverträge, auf die Art. 29 EGBGB-E gemäß Art. 37 Nr. 4 EGBGB-E keine Anwendung findet.

b) Begrenzung der Parteiautonomie durch Art. 34 Abs. 2 EGBGB-E

Art. 34 Abs. 2 EGBGB-E stellt klar, daß die Bestimmungen des deutschen Rechts, die unabhängig vom jeweiligen Vertragsstatut Geltung erheischen, nicht der Parteiautonomie unterliegen. Es entsprach bislang schon allgemeiner Meinung[230], daß sich zwingende Normen der lex fori auch bei ausländischem Vertragsstatut durchsetzen. In der Praxis kommen hier meist Vorschriften des Börsen-, Kartell- und Außenwirtschaftsrechts in Betracht[231], die Vorschriften des AGBG fallen hingegen nicht hierunter, da das AGBG seine Geltung nicht unabhängig vom Vertragsstatut beansprucht.

c) Sonderanknüpfung zwingenden Rechts durch Art. 34 Abs. 1 EGBGB-E

Die Bestimmung des Art. 7 Abs. 1 des EG-Übereinkommens, die den gleichen Wortlaut wie Art. 34 Abs. 1 EGBGB-E besitzt, hat bisher viel Beachtung im Schrifttum gefunden[232].
Im Rahmen vorliegender Arbeit erscheint insbesondere eine Gegenüberstellung von Art. 34 Abs. 1

---

230 MünchKomm-Martiny, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 340; Staudinger-Firsching, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 382

231 vgl. die Beispiele bei Sandrock-Steinschulte, Bd. 1, Abschnitt A, Rdnr. 143ff.

232 vgl. nur Coing: Zur Anwendung zwingender ausländischer Verträge: Art. 7 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, WM 1981, 810ff.;
Mühl: Zum Problem der kollisionsrechtlichen Beachtung zwingender Vorschriften gemäß § 12 AGBG und Art. 7 des europäischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzu-

EGBGB-E und § 12 AGBG von Interesse.

Der Anwendungsbereich des Art. 34 Abs. 1 EGBGB-E ist zunächst einmal weiter, er läßt es zu, daß auch zwingende Bestimmungen dritter Staaten (also solche außerhalb des Vertragsstatuts und der lex fori) Anwendung auf das zu beurteilende Schuldverhältnis finden können.

Ferner geht die Rechtsfolge des Art. 34 Abs. 1 EGBGB-E über die des § 12 AGBG hinaus: "Wirkung verleihen", das bedeutet die Möglichkeit einer unmittelbaren Anwendung, wohingegen "Berücksichtigen" im Sinne des § 12 AGBG einen Rechtsvergleich zwischen dem deutschen und dem ausländischen Recht voraussetzt und bei einer danach gegebenen Anwendung des AGBG erfordert, daß den Systemunterschieden zwischen deutschem und ausländischem Recht Rechnung zu tragen ist. Aus diesem weiteren Anwendungsbereich des Art. 34 Abs. 1 EGBGB-E darf nun aber nicht vorschnell gefolgert werden, § 12 AGBG sei dadurch obsolet geworden[233].

Art. 34 Abs. 1 EGBGB-E setzt auf der Tatbestandsseite nämlich voraus, daß die fraglichen Bestimmungen ohne Rücksicht darauf anzuwenden sind, welchem Recht der Vertrag unterliegt.

Wird ein deutsches Gericht mit der Problematik befaßt, ob auf ein vertragliches Schuldverhältnis, das etwa kraft zulässiger Rechtswahl ausländischem Recht unterstellt wurde, das AGBG anzuwenden ist,

---

wendende Recht in FS für Otto Mühl, S. 449ff.;
Firsching: Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, IPrax 1981, 37ff.;
Coester: Die Berücksichtigung fremden zwingenden Rechts neben dem Vertragstatut in: ZVerglRW 82(1983), S. 1-30;
Weitnauer: Der Vertragsschwerpunkt, Frankfurt 1981

233 so aber Firsching, IPrax 1981, 37, 40; wohl auch Mühl S. 449, 452

so steht es zuerst vor dem Problem, ob eine unmittelbare Anwendung des AGBG aufgrund des Art. 34 EGBGB-E in Betracht kommen kann.
Zunächst wird, - unabhängig davon, ob Art. 34 Abs. 1 oder Abs. 2 EGBGB-E einschlägig ist -, die Frage zu beantworten sein, ob das AGBG ohne Rücksicht auf das Vertragstatut anzuwenden ist. Bisher wurden im wesentlichen nur Vorschriften aus den Gebieten des Börsen-, Kartell- und Außenwirtschaftsrechts hierunter gezählt[234]. Diese Bereiche sind dem öffentlichen Recht zuzuordnen.
In der Literatur werden Vorschriften politischer, wirtschaftspolitischer und sozialpolitischer Natur als sonderanknüpfungsfähig angesehen[235].
Eine abstrakte Abgrenzung von Normen, die sich auch gegen fremdes Vertragsstatut durchzusetzen vermögen und solchen, die nur im Rahmen des Schuldstatuts anzuknüpfen sind, ist nicht in Sicht; vielmehr wird diese Frage von der Rechtsprechung fallweise aufgearbeitet werden müssen.

Aufgrund der bestehenden Schwierigkeiten für die Gerichte, den Geltungswillen von Gesetzen im Einzelfall zu ermitteln, darf die Fassung des Art. 34 Abs. 1 getrost als "besonders offenkundige Form gesetzgeberischer Regelungsverweigerung"[236] bezeichnet werden.

---

234 vgl. Sandrock-Steinschulte, oben Fn. - 231

235 Staudinger-Firsching, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 382; ähnlich MünchKomm-Martiny, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 347

236 Coester, ZvergleRW 82(1983), 1, 23

Die Bestimmungen des AGBG enthalten keine Regelung, aus der sich ergibt, daß sie unabhängig vom jeweiligen Vertragstatut Geltung beanspruchen. § 12 AGBG begrenzt den Geltungsanspruch des AGBG dahingehend, daß bei Vorliegen der dort bestimmten Voraussetzungen das AGBG zu berücksichtigen ist. Damit sind die Vorschriften des AGBG nicht als solche im Sinne des Art. 34 Abs. 1 EGBGB-E anzusehen, die ohne Rücksicht auf das Vertragsstatut anwendbar sind.
§ 12 AGBG wird daher nicht durch Art. 34 Abs. EGBGB-E überholt, sondern ist vielmehr als lex specialis zu dieser Vorschrift anzusehen.

2. Anknüpfung des Zustandekommens von Verträgen

Schließen die Parteien einen Vertrag und machen sie dabei von der Parteiautonomie durch eine Rechtswahlvereinbarung Gebrauch, so sind genau genommen zwei Verträge zu unterscheiden: der Hauptvertrag und der Verweisungsvertrag.
Was das Zustandekommen des Hauptvertrags anbelangt, so bestand in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit darüber, daß das Zustandekommen des

Hauptvertrags dem Vertragsstatut als Wirkungsstatut unterliegt[237].

Durch Art. 31 Abs. 1 EGBGB-E soll dieser Grundsatz nunmehr kodifiziert werden, so daß insoweit keine Änderung der Rechtslage eintreten wird.

Hingegen war bisher die Frage, welchem Recht das Zustandekommen des Verweisungsvertrags untersteht, nicht eindeutig geklärt[238].
Diese Frage wird nunmehr durch Art. 27 Abs. 4 iVm Art. 31 Abs. 1 EGBGB-E dahin entschieden, daß auch das Zustandekommen des Verweisungsvertrags nach dem Recht zu beurteilen ist, das im Falle des Zustandekommens zur Anwendung berufen wäre.
Damit richtet sich auch die Frage der Einbeziehung von AGB nach dem in ihnen für anwendbar erklärten Recht.
Dies hätte an sich zur Folge, daß der AGB-Verwender etwa durch einseitiges Zusenden der Bedingungen das anzuwendende Recht bestimmen könnte
Zur Vermeidung dieser Folge hatte die bisherige Rechtsprechung[239] eine Ausnahme von der grundsätzlichen Anknüpfung an das Wirkungsstatut zugelassen, wonach das Wohnsitzrecht des Schweigenden zu berücksichtigen sei, wenn strittig sei, ob dem Schweigen überhaupt rechtsgeschäftliche Bedeutung zukomme.

---

237 MünchKomm-Spellenberg, vor Art. 11 EGBGB, Rdnr. 5; Reithmann-Martiny, Rdnr. 93ff.; Palandt-Heldrich, vor Art. 12 EGBGB, Anm. 4 a; Kegel § 17 V 1; Staudinger-Firsching, vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 157; BGHZ 59, 23ff.; OLG Hamburg, RIW 1979, 482

238 von BGH NJW 1970, 999, 1000 ausdrücklich offen gelassen; vom LG Mainz (AWD 1972, 298) hingegen wurde das Zustandekommen des Verweisungsvertrags der lex fori unterstellt;
die überwiegende Meinung in der Literatur tendiert jedoch zur Anknüpfung an das präsumtive Vertragsstatut.
vgl. im übrigen oben I. 3. b

239 vgl. die Nachweise oben bei Fn. 67

In solchen Fällen soll künftig die Billigkeitsvorschrift des Art. 31 Abs. 2 EGBGB-E eingreifen und einer Partei die Berufung auf ihr Heimatrecht dann ermöglichen, wenn sich aus den Umständen ergäbe, daß eine Anknüpfung der Wirkungen ihres Verhaltens an das Vertragsstatut nicht gerechtfertigt wäre. Die Vorschrift des Art. 31 Abs. 2 EGBGB-E findet aber auch dann Anwendung, wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, und das Schweigen der einen Partei nach dem objektiv zu ermittelnden Vertragsstatut zu bewerten wäre.

Insgesamt kann dieser Vorschrift lediglich die Bedeutung beigemessen werden, daß sie den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringt, überhaupt Ausnahmen von der grundsätzlichen Anknüpfung vorvertraglicher Elemente an das Wirkungsstatut zuzulassen.

Bedauerlicherweise nennt die Vorschrift selbst keinerlei Umstände oder Fallgestaltungen, aus denen sich ergeben könnte, daß die Anknüpfung an das Wirkungsstatut im Einzelfall nicht gerechtfertigt sei.

Etwas merkwürdig erscheint auch der Umstand, daß die Berücksichtigung des Heimatrechts der schweigenden Partei nur als Einrede - auf die diese sich berufen muß - erfolgen soll können.

Es bleibt somit abzuwarten, wie die Rechtsprechung diese Billigkeitsklausel ausfüllen wird.

Diese Gegebenheiten legen aber den Schluß nahe, daß sich nach Inkrafttreten des EGBGB-E bezüglich der Frage der Berücksichtigung des Schweigens einer Vertragspartei gegenüber der seitherigen Rechtslage keine Änderungen der Rechtsprechung ergeben werden.

3. Objektive Anknüpfung

Fehlt es an einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Rechtswahl, so soll nunmehr gemäß Art. 28 Abs. 1 EGBGB-E an die Stelle des hypothetischen Parteiwillens das Kriterium der engsten Verbindung treten.
Positiv ist die in Abs. 2 aufgestellte gesetzliche Vermutung zu bewerten, der Vertrag weise die engsten Beziehungen zu dem Staate auf, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw. bei juristischen Personen ihre Hauptverwaltung, ggf. ihre Niederlassung hat.
Damit wird nunmehr die irreführende Bezeichnung "hypothetischer Parteiwille" abgeschafft (irreführend, weil bereits bislang hierunter die Feststellung des Schwerpunktes mit Hilfe einer Interes-

senabwägung auf objektiver Grundlage verstanden wurde) und an ihre Stelle der Begriff der "engen Verbindung" gesetzt.
Dieser wird allerdings nur in den Fällen an Farbe gewinnen, in denen sich eine charakteristische Leistung nicht bestimmen läßt (Art. 28 Abs. 2 Satz 3 EGBGB-E).
Hauptsächlich wird die Rechtsprechung sich jedoch um eine Klärung des Begriffs "charakteristische Leistung" zu bemühen haben, was sich wohl am besten in Form eines Anknüpfungskataloges für die einzelnen Vertragstypen bewerkstelligen läßt[240].

---

240 vgl. hierzu Vischer, Internationales Vertragsrecht S. 114ff., auch die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, Nachweise hierzu bei Staudinger-Firsching vor Art. 12 EGBGB, Rdnr. 363 a.E.

IV. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über internationale Warenkaufverträge

Als Fortentwicklung des Haager Kaufrechts, das die darin gestellten Erwartungen nicht erfüllte, wurde von einer Kommission der Vereinten Nationen (UNCITRAL)[241] nach mehreren Vorentwürfen ein Entwurf eines einheitlichen Kaufrechts (unter Einschluß eines Kaufabschlußgesetzes) vorgelegt[242].
Da eine Unterzeichnung des Abkommens durch die Bundesrepublik nunmehr nach Umsetzung des EG-Übereinkommens in innerstaatliches Recht durch den EGBGB-E umso fraglicher geworden ist, sei auf eine Erörterung des UNCITRAL-Entwurfs verzichtet[243].

V. Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen in AGB

1. Anknüpfung der Zulässigkeit

Im deutschen IPR gilt der Grundsatz, daß die Zulässigkeit und Wirkung einer Vereinbarung über die

---

241 United Nations Commission on International Trade Law

242 abgedruckt in RabelsZ 43(1979), 528ff.; dazu Huber ebd. 413ff.

243 eine ausführliche Erörterung gibt es außer dem in Fn. 242 genannten Nachweis bei Schlechtriem, Einheitliches UN-Kaufrecht, Tübingen 1981; einen kurzen Überblick gibt der Bericht von Herrmann, Einheitliches Kaufrecht für die Welt: UN-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge, in: IPrax 1981, 109ff.

internationale Zuständigkeit dem Prozeßrecht der lex fori unterliegt[244] .
Eine Heranziehung des deutschen Rechts zur Beurteilung internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen kann aber dann nicht in Betracht kommen, wenn das zwischen den sechs Gründungsstaaten der EWG am 27. September 1968 abgeschlossene Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen[245] (EGVÜ) eingreift.

Sachlich ist dieses auf Zivil- und Handelssachen anwendbar(Art. 1), zeitlich auf solche Klagen, die nach seinem Inkrafttreten erhoben wurden (Art. 54).

Bei Gerichtsstandsvereinbarungen kommen die besonderen Voraussetzungen des Art. 17 EGVÜ hinzu, wonach von den Parteien "mindestens eine ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat".

Art. 17 EGVÜ als lex specialis zu § 38 ZPO[246] ist zweifelsfrei anwendbar, wenn beide Parteien ihren Wohnsitz in verschiedenen Vertragsstaaten haben.
Umstritten ist jedoch die Anwendbarkeit des EGVÜ, wenn nur Bezüge zu einem Vertragsstaat bestehen.

---

244 BGHZ 59, 23, 27; BAG NJW 1979, 1119

245 BGBl. II 773

246 h.M.; Kropholler, Europ. Zivilprozeßrecht, Einl. Rdnr. 8; Sandrock-Jung/Sandrock, Bd. 2, Abschn. E, Rdnr. 121 m.w.N. in Fn. 149

Gegen den Wortlaut des Art. 17 EGVÜ, der auch für derartige Fälle die Anwendbarkeit desselben vorsieht, wird von Stimmen des Schrifttums eingewandt, Art. 17 Abs. 1 EGVÜ sei lediglich dann anzuwenden, wenn die Gerichtsstandsabrede Berührungspunkte zu mehreren Vertragsstaaten aufweise. Auf diesen grundsätzlichen Streit über den Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 EGVÜ soll im Rahmen vorliegender Arbeit nicht näher eingegangen werden[247].
Soweit Art. 17 EGVÜ anwendbar ist, geht er als lex specialis den §§ 38 ff. ZPO vor[248].

2. Zulässigkeitsvoraussetzungen nach deutschem Recht

a) Abgrenzung von § 38 Abs. 1 zu § 38 Abs. 2 ZPO bei vollkaufmännischem Vertragspartner

Ist deutsches Recht anwendbar, so hat die Prüfung der Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen an Hand der §§ 38 ff. ZPO zu erfolgen.
Prorogiert nun ein deutscher Kaufmann mit einem ausländischen Kaufmann[249] einen Gerichtsstand, so

---

247 zum Meinungsstand vgl. Kropholler, obige Fußnote, Art. 17 Rdnr. 5 m.w.N. in Fn. 8

248 OLG München, NJW 1982, 1951; zum Meinungsstand insgesamt, vgl. Kropholler, aaO., Rdnr. 14

249 zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft vgl. oben I. 1. c) aa) und Hagenguth S. 348

stellt sich die Frage der Abgrenzung zwischen § 38 Abs. 1 und § 38 Abs. 2 ZPO.
Von der obergerichtlichen Rechtsprechung ist diese Frage bisher nicht geklärt; in der Literatur ist sie heftig umstritten[250], wobei allerdings die Ansicht vorherrschend ist, § 38 Abs. 2 ZPO sei für die internationale Zuständigkeit neben § 38 Abs. 1 ZPO anwendbar[251].

Für die im Rahmen dieser Arbeit zu behandelnde Frage, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung auch durch eine entsprechende in AGB enthaltene Klausel getroffen werden kann, hat der Streit folgende Bedeutung:

Kommt für die Vereinbarung eines internationalen Gerichtsstandes durch Vollkaufleute § 38 Abs. 1 ZPO zur Anwendung, so kann diese unproblematisch im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen erfolgen. Findet hingegen §38 Abs. 2 ZPO Anwendung, etwa weil nicht beide Parteien Vollkaufleute sind, so sind die Formvorschriften des Abs. 2 S. 2 und die Einschränkung der Wahl des Gerichtsstandes durch Abs. 2 S. 3 zu prüfen.

Zwar können, wie unten noch zu zeigen sein wird, die Formvorschriften des § 38 Abs. 2 S. 2 ZPO auch durch Gerichtsstandsklauseln in AGB eingehalten

---

250 vgl. Sandrock-Jung/Sandrock, Bd. 2, Abschn. E, Rdnr. 24ff. m.w.N.; Jung S. 99 m.w.N.

251 Hartmann in: Baumbauch/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 38 ZPO Anm. 4; Leipold in: Stein/Jonas, § 38 ZPO, Rdnr. 11; Thomas/Putzo, § 38 ZPO, Anm.2a; Wirth NJW 1978, 461; Löwe NJW 1974, 475; Samtleben, NJW 1974, 1595;
a.A. Sandrock-Jung/Sandrock, Bd. 2, Abschn. E, Rdnr. 30; ders., S. 99f.; Vollkommer, RPfl. 1974, 129, 134; Diederichsen, BB 1974, 379f.; unklar Wieczorek, § 38 ZPO, C I a 2

werden; allerdings würde die Wahl des Gerichtsstands bei Anwendbarkeit des § 38 Abs. 2 ZPO auf die internationale Prorogation auch unter Vollkaufleuten durch S. 3 beschränkt.
Entgegen der wohl h.M.[252] ist für die internationale Prorogation grundsätzlich die Vorschrift des § 38 Abs. 2 ZPO einschlägig.
Dafür spricht in erster Linie die Zielsetzung der Vorschrift, im Interesse der "Erleichterung des internationalen Rechtsverkehrs....eine möglichst einheitliche Form der internationalen Gerichtsstandsvereinbarung zu schaffen"[253].
Ferner kommt dem in § 38 Abs. 2 ZPO aufgestellten Schriftformerfordernis wegen der größeren Gefährlichkeit internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen auch für Vollkaufleute eine erhöhte Bedeutung als Warnfunktion zu.

b) Die Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 ZPO im einzelnen

aa) kein allgemeiner Gerichtsstand einer Partei im Inland

---

252 vgl. oben Fn. 251

253 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 7/1384, S.4, Nr. 3

§ 38 Abs. ZPO läßt eine Prorogationsvereinbarung zu, wenn eine Partei keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat.
Der Begriff des "allgemeinen Gerichtsstands" verweist auf § 13 ZPO, wonach natürliche Personen ihren allgemeinen Gerichtsstand an ihrem Wohnsitz haben; bzw. auf § 17 ZPO, wonach bei juristischen Personen der allgemeine Gerichtsstand sich nach dem Sitz bestimmt.
Der Wohnsitz einer natürlichen Person beurteilt sich nach den §§ 7ff. BGB[254]. Hat eine Person keinen Wohnsitz, so wird ihr allgemeiner Gerichtsstand gemäß § 16 ZPO durch ihren Aufenthaltsort im Inland bestimmt.
Mit Personen hingegen, die einen Wohnsitz im Ausland, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hingegen im Inland haben(bspw. ausländische Arbeitnehmer, die im Ausland Familie haben; ausländische Studenten) und damit keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland haben, kann auch ein inländisches Unternehmen eine Gerichtsstandsvereinbarung treffen.
Dabei ist die Wahl durch § 38 Abs. 2 S. 3 ZPO jedoch eingeschränkt: gewählt werden kann nur der allgemeine Gerichtsstand des inländischen Unternehmens oder aber Gerichte bei denen ein besonderer Gerichtsstand begründet ist. In letzterem Fall kämen die Gerichtsstände der Niederlassung (§ 21 ZPO) und des Erfüllungsorts (§ 29 ZPO) in Be-

254 Hartmann in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 13 ZPO, Anm. 1

tracht.
Hingegen kann ein ausländisches Unternehmen nicht den Ort seiner inländischen Niederlassung als Gerichtsstand mit inländischen Kunden vereinbaren. § 38 Abs. 2 S. 3 ZPO meint nämlich nur den besonderen Gerichtsstand der inländischen Partei[255]. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist der Schutz des inländischen Verbrauchers, der damit keinen Nachteil durch eine kraft Auslandsberührung mögliche Gerichtsstandsvereinbarung haben sollte[256].

Hat eine juristische Person ihren Sitz im Ausland und wickelt sie ihr Geschäfte über eine inländische Niederlassung ab, so läßt § 38 Abs. 2 ZPO gegenüber deutschen Kunden die Prorogation nur an deren allgemeinen oder besonderen Gerichtsstand zu.

bb) Schriftform

§ 38 Abs. 2 fordert, daß die Gerichtsstandsvereinbarung schriftlich abgeschlossen wird oder bei mündlichem Abschluß jedenfalls schriftlich bestätigt wird.
Daher ist die Frage zu untersuchen, ob damit die Schriftform des § 126 BGB angesprochen ist; ob al-

255 Samtleben, NJW 1974, 1590, 1596; Katholnigg, BB 1974, 395, 397; Sandrock-Jung/Sanddrock, Bd. 2, Abschn. E, Rdnr. 41

256 Baumgärtel S. 296; Jung, S. 96; vgl. auch den Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 7/1384, S. 4

so die Vertragsurkunde gemäß § 126 Abs. 2 BGB von beiden Vertragsparteien unterschrieben sein muß. Eine unmittelbare Anwendung des § 126 BGB kommt nicht in Betracht, da es sich um eine materiellrechtliche Vorschrift handelt, die auf das Verfahrensrecht nicht ohne weiteres übertragbar ist[257]. Für die Frage einer entsprechenden Anwendung des § 126 BGB sind zwei Gesichtspunkte gegeneinander abzuwägen: einerseits ließe sich dafür ins Feld führen, daß unter dem Aspekt des Verbraucherschutzes erhöhte Formanforderungen an die Prorogationsvereinbarung zu stellen seien, andererseits ließe sich mit dem Hinweis auf eine einheitliche Auslegung von § 38 Abs. 2 ZPO und Art. 17 EGVÜ vertreten, die zu Art. 17 EGVÜ entwickelten Auslegungsgrundsätze[258] auf für die Interpretation des § 38 Abs. 2 ZPO heranzuziehen[259].
Für letzteres spricht, daß eigentlich nicht einzusehen ist, warum außerhalb des Bereichs des EWG-Übereinkommens für Gerichtsstandsvereinbarungen strengere Formanforderungen gelten sollten. Ferner kann den Belangen des Verbraucherschutzes durch die Anwendung des AGBG auch auf Gerichtsstandsklauseln Rechnung getragen werden.
Es wird daher dem Erfordernis des § 38 Abs. 2 ZPO genügen, wenn schriftliche Erklärungen beider Parteien - auch in getrennten Schriftstücken - vorliegen[260].

---

257 vgl. BVerfGE 15, 292; BFH DB 1974, 708; Samtleben NJW 1974, 1595

258 vgl. unten 3.

259 Leipold in: Stein/Jonas, § 38 ZPO, Rdnr. 16

260 Leipold aaO., Rdnr. 17; Samtleben, NJW 1974, 1590, 1595; Vollkommer, RPfl. 1974, 129, 134; a.A. Diederichsen, BB 1974, 381; Katholnigg, BB 1974, 395, 397; Löwe, NJW 1974, 475

3. Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 17 EGVÜ

Für die Prüfung der Frage, ob auch im Anwendungsbereich des EGVÜ Gerichtsstandsvereinbarungen durch entsprechende Klauseln in AGB getroffen werden können, ist Art. 17 EGVÜ einschlägig.
Danach muß die Vereinbarung schriftlich getroffen werden (die zweite Variante, eine mündlich getroffene Vereinbarung, die später schriftlich bestätigt wird, bleibt hier außer Betracht).
Art. 17 EGVÜ schweigt indessen zu der Frage, ob das Schriftformerfordernis autonom auszulegen ist, ob nach dem jeweiligen nationalen Recht zu bestimmen ist.
Für letzteres spricht jedoch entscheidend der Zweck des EGVÜ, die Anforderungen an internationale Gerichtsstandsvereinbarungen zu vereinheitlichen[261]. Dieser Zweck wäre erheblich beeinträchtigt, würde die nähere Ausgestaltung der Schriftform den nationalen Vorschriften der einzelnen Vertragsstaaten unterworfen. Danach ist keine von beiden Parteien unterzeichnete Urkunde im Sinne des § 126 Abs. 2 BGB erforderlich[262]; dem Schriftformerfordernis kann auch durch eine Bezugnahme auf AGB genügt werden[263].
Nach der Rechtsprechung des EuGH[264] ist entschei-

---

261 der EuGH legt in seinen Entscheidungen vom 14.12.1976 - Rs. 24/76 und 25/76, NJW 1977, 494f. Art. 17 EGVÜ autonom aus, indem er nicht auf die Bestimmung des § 126 BGB eingeht.
Für eine autonome Auslegung ferner: Müller in der Urteilsanmerkung zu dieser Entscheidung, RIW 1977, 163ff.; Grunsky, RIW 1977, 1, 6; Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, Art. 17, Rdnr. 22; Piltz, NJW 1979, 1071, 1073

262 Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, Art. 17 EGVÜ, Rdnr. 23; Müller in Bülow-Böckstiegel, Art. 17 EGVÜ, Anm. III 2a; Jung, S. 152; Baumgärtel, FS Kegel, S. 300f.; Grüter, DB 1978, 381, 382; v. Hoffmann, AWD 1973, 57, 62; Samtleben, NJW 1974, 1590, 1592; OLG Karlsruhe, IPRspr. 1977, Nr. 122

263 EuGH - Rs. 24/76 = NJW 1977, 494; EuGH, Rs 25/76 = NJW 1977, 495

dend, ob der tatsächliche Wille der Parteien, den gesetzlichen Gerichtsstand abzubedingen, deutlich zum Ausdruck kommt. Bei der erstmaligen Aufnahme von Geschäftsbeziehungen genügt es daher nicht, daß die Gerichtsstandsklausel in AGB auf der Rückseite der von den Parteien unterzeichneten Vertragsurkunde abgedruckt ist; hinzukommen muß noch ein ausdrücklicher Hinweis auf diese AGB in der Vertragsurkunde selbst.

Anderes gilt jedoch für den Fall laufender Geschäftsbeziehungen; hier erscheint es ausreichend, wenn der AGB-Empfänger zu Beginn der Geschäftsbeziehungen auf die AGB entsprechend hingewiesen wurde[265].

4. Anknüpfung des Zustandekommens von Gerichtsstandsvereinbarungen

Abzugrenzen von der Frage, unter welchen Voraussetzungen die lex fori Gerichtsstandsvereinbarungen überhaupt zuläßt, ist die Frage, ob die jeweiligen Parteien im konkreten Fall die Vereinbarung eines Gerichtsstands überhaupt wollten.
Ob diese Frage ebenfalls nach der lex fori anzuknüpfen ist, oder ob sie nach dem Statut des Haupt-

---

264 aaO.

265 ebenso Ebenroth, ZverglRW 77(1978), 161, 182 und die Rspr.; vgl. EuGH v. 14.12.1976 - 24/76, RIW 1977, 295; BGH RIW 1977, 649

vertrages zu beurteilen ist, ist strittig.
Im Schrifttum finden sich hierzu im wesentlichen zwei Meinungen.
Die rein prozessuale Theorie hält die Gerichtsstandsvereinbarung für einen Prozeßvertrag und damit für eine Prozeßhandlung und schließt daraus, daß auch das Zustandekommen der Prorogation nach dem Recht des Prozeßortes zu beurteilen sei[266].
Die materiellrechtliche Theorie sieht - jedenfalls in der vorprozessualen Gerichtsstandsvereinbarung - einen zivilrechtlichen Vertrag und beurteilt daher die Abschlußvoraussetzungen nach bürgerlichem Recht[267].

Die Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage hat mehrfach geschwankt:
Während das Reichsgericht[268] und zunächst auch der 2. Senat des BGH[269] die prozessuale Theorie vertreten haben, schwenkte nur wenige Tage nach dem Urteil des 2. Senats[270] der 7. Senat[271] zur materiellrechtlichen Theorie über und entschied:" Eine vor dem Prozeß getroffene Gerichtsstandsvereinbarung ist ein Vertrag über prozeßrechtliche Beziehungen, dessen Zustandekommen sich nach bürgerlichem Recht richtet".
Der 8. Senat des BGH folgt ebenfalls der materiellrechtlichen Theorie[272].
Etwas "behutsamer"[273] ist die Begründung des Ur-

---

266 Vollkommer, Urteilsanm. zu OLG München vom 17.9.1973, NJW 1974, 196ff.; Kornblum, FamRZ 1973, 421; Zöller-Vollkommer, § 38 ZPO, Anm. 3

267 Hartmann in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 38 ZPO, Rdnr. 44; Wirth NJW 1978, 460ff.

268 RGZ 87, 7; 140, 149, 151; 159, 254, 255

269 BGH AWD 1968, 169

270 siehe Fn. 269

271 Urteil vom 29.2.1968, BGHZ 49, 384 = NJW 1968, 1233

272 NJW 1971, 323; BGHZ 57, 72 = NJW 1972, 391 mit Anm. Geimer und Schmidt-Salzer

273 vgl. Geimer in der Urteilsanmerkung zu BGH NJW 1972, 1622f.

teils des 8. Senats vom 17. 5. 1972[274], wonach die materiellrechtliche Theorie, daß nämlich das Zustandekommen einer vor dem Prozeß getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung sich nach bürgerlichem Recht richte, auf der Erkenntnis beruhe, daß das deutsche Prozeßrecht keine Vorschriften über das Zustandekommen von Verträgen enthalte.
Darin jedoch eine Rückkehr zur prozessualen Theorie erblicken zu wollen, wie manche Autoren[275] meinen, begegnet einigen Bedenken.
Der 8. Zivilsenat bezeichnet auch in dieser Entscheidung die Gerichtsstandsvereinbarung als Teil eines materiellrechtlichen Vertrages[276], woraus zu folgern ist, daß er dieselbe auch als materiellrechtlichen Vertrag ansieht.

Für die vorprozessuale Prorogationsvereinbarung ist der Auffassung des BGH zuzustimmen.
Dafür spricht zum einen, daß § 38 Abs. 2 ZPO keine Vorschriften über das Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung enthält.
Auch soweit Art. 17 EGVÜ als lex fori anzuwenden ist, sind die über die Beachtung der Formvorschriften hinausgehenden Fragen des Zustandekommens nach dem Recht zu beantworten, das nach dem IPR des Forums dazu berufen ist[277]. Ferner führt eine Anknüpfung der Frage, ob zwischen den Parteien eine Gerichtsstandsvereinbarung zustande-

274 BGHZ 59, 23 = NJW 72, 1622

275 so bspw. Sandrock-Jung/Sandrock, Bd. 2, Abschn. E, Rdnr. 22; Kornblum, FamRZ 1973, 416, 420; v. Hoffmann, Urteilsanmerkung zu dieser Entscheidung, AWD 1972, 416ff.

276 BGH NJW 1972, 1622, 1623 li. Spalte unten; unzutreffend daher Sandrock-Jung/Sandrock, Bd. 2, Abschn. E, Rdnr. 23

277 Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, Art. 17, Rdnr. 20; Müller, RIW 1977, 163; ders. in Bülow/Böckstiegel, Art. 17, Anm. III 1; Jung, S. 149; Grunsky, RIW 1977, 1, 6; neuestens Leipold, IPrax 1982, 222, 224

gekommen ist, an die lex fori, zu unerträglichen Ergebnissen im vorprozessualen Stadium im Hinblick auf die Rechtssicherheit. Zu diesem Zeitpunkt können sich die Parteien nur dann Klarheit darüber verschaffen, ob zwischen ihnen eine Prorogationsvereinbarung zustandegekommen ist, wenn das für diese Frage maßgebliche Recht von vornherein feststeht. Bei einer Anknüpfung an das Recht des jeweiligen Klageortes wäre dies nicht der Fall, da dieser im voraus nicht feststeht[278].
Diese Auffassung hat überdies auch den Vorteil der Rechtsvereinfachung für sich; Hauptvertrag und Gerichtsstandsklausel sind dann nach einheitlichem Statut zu beurteilen.

Die Frage des Zustandekommens von Prorogationsvereinbarungen ist mithin nach materiellem Recht zu beurteilen, wenn die Gerichtsstandsvereinbarung - was wohl die Regel ist - im Zusammenhang mit dem Hauptvertrag getroffen wurde, also nach dem Vertragsstatut[279].

5. Die Inhaltskontrolle von Gerichtsstandsklauseln durch das AGBG

278 hierauf weist Sandrock-Jung/Sandrock aaO., Rdnr. 18 zutreffend hin

279 Wirth NJW 1978, 460, 462; BGH NJW 1971, 323

a) Das Verhältnis der §§ 38 ff. ZPO zum AGBG

Ist Vertragsstatut deutsches Recht, so findet das AGBG unmittelbar Anwendung.
Unter der Voraussetzung, daß die AGB überhaupt in den Vertrag wirksam einbezogen wurden, stellt sich das Problem, ob auch Gerichtsstandsvereinbarungen der Inhaltskontrolle zu unterwerfen sind.
Dem könnte nur entgegenstehen, daß Gerichtsstandsvereinbarungen durch die Neuregelung der §§ 38 ff. ZPO eine klare Regelung erfahren haben und damit einer Inhaltskontrolle durch das AGBG nicht mehr zugänglich sind[280].
Dies wird damit begründet, daß der Gesetzgeber dem in § 38 Abs. 1 bezeichneten Personenkreis der Vollkaufleute nicht vor konkludenten und formularmäßigen Gerichtsstandsvereinbarungen schützen wollte[281].
Gegen diese Auffassung bestehen jedoch Bedenken.
Es ist sicherlich richtig, daß durch die Neufassung des § 38 ZPO ein Stück Verbraucherschutz verwirklicht wird, indem nun bei Inlandsfällen Gerichtsstandsvereinbarungen mit Nichtkaufleuten nicht mehr zulässig sind; daß der Gesetzgeber Vollkaufleuten die Prorogationsfreiheit läßt, sagt hingegen nichts über die Schutzwürdigkeit des je-

280 so etwa Diederichsen, BB 1974, 383; Löwe NJW 1974, 473, 475; Thomas/Putzo, § 38 ZPO, Anm. 3e bis zur 9. Auflage; Leipold in: Stein/Jonas, § 38 ZPO, Rdnr. 10

281 so Leipold aaO.

weiligen Vertragspartners aus, sondern trägt wohl in erster Linie den Erfordernissen des Handelsverkehrs Rechnung.
Insbesondere ist nicht zu übersehen, daß auch Verträge zwischen Vollkaufleuten beileibe nicht immer durch gleiche wirtschaftliche Stärke der Partner und dem damit verbundenen Aushandeln der Vertragsbedingungen gekennzeichnet sind.
Vielmehr kann es hier auch zu Abhängigkeiten wirtschaftlicher Natur kommen, die etwa bei Kleingewerbetreibenden durchaus existentielle Ausmaße annehmen können, so daß auch ein Vollkaufmann aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen sein kann, sich AGB bedingungslos zu unterwerfen.

Diese Überlegungen sprechen für die inhaltliche Überprüfung prozessual an sich zulässiger Gerichtsstandsvereinbarungen am Maßstab des AGBG[282], dessen Schutzzweck es ist, den mit AGB typischerweise verbundenen Gefahren entgegenzuwirken[283].

b) Das Verhältnis von Art. 17 EGVÜ zum AGBG

Auch hier stellt sich die Frage, ob eine nach Art. 17 Abs. 1 EGVÜ zulässige Gerichtsstandsvereinbarung einer Inhaltskontrolle durch das AGBG

---

282 im Ergebnis ebenso: Schiller, NJW 1979, 636ff.; Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu §§ 9 - 11 AGBG, Rdnr. 400; Landfermann, RIW 1977, 445, 448

283 Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 23 m.w.N.

unterliegt.
Ferner wäre zu überlegen, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung bei Anwendbarkeit deutschen Rechts auch den im AGBG normierten Einbeziehungsvoraussetzungen genügen muß oder ob insoweit Art. 17 Abs. 1 EGVÜ abschließend ist.
Im Schrifttum wird vertreten, daß Gerichtsstandsvereinbarungen, die dem Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 EGVÜ unterfallen, ebenfalls der Inhaltskontrolle durch das AGBG unterliegen[284].
Die gegenteilige Auffassung von *Grüter*[285], der vorwiegend Argumente aus dem Bereich der Entstehungsgeschichte des EGVÜ anführt und hier die Auslegungsregel vom Vorrang staatsvertraglicher Bindungen[286] für einschlägig erachtet, vermag nicht zu überzeugen.
Art. 17 EGVÜ regelt ebenso wie § 38 ZPO die prozessuale Zulässigkeit der Prorogation. Aus der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 17 EGVÜ[287] ergibt sich lediglich, daß dem Schriftformerfordernis auch durch eine Bezugnahme auf AGB Genüge getan werden kann.

Über die sonstige Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen sagt das EGVÜ nichts aus[288]. Somit ist eine Kollision zwischen AGBG und EGVÜ gar nicht gegeben. Anderes könnte dann gelten,

284 Brandner aaO., Anh. §§ 9 - 11 AGBG, Rdnr. 400; Landfermann, RIW 1977, 445, 448; Palandt-Heinrichs, § 9 AGBG, Anm. 7c

285 DB 1978, 381, 384; ebenso auch Jung, S. 154

286 vgl. Maunz in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 25 GG, Rdnr. 30

287 EuGH vom 14.12.1976, Rs 24/76

288 vgl. die Schrifttumsnachweise bei Fn. 277 und neuestens OLG Karlsruhe, NJW 1982, 1950f., das §9 AGBG auf eine nach Art. 17 EGVÜ zu beurteilende Gerichtsstandsklausel anwendet. Diese war Bestandteil von AGB, die zwischen Vollkaufleuten vereinbart wurden.

wenn etwa in § 11 des AGBG Gerichtsstandsklauseln generell für unzulässig erklärt werden würden.

Die Frage, ob die im AGBG genannten Einbeziehungsvoraussetzungen der §§2, 3 hinter Art. 17 Abs. 1 EGVÜ zurücktreten[289] ist danach zu beurteilen, ob Art. 17 Abs. 1 EGVÜ ebenfalls die Frage der Einbeziehung in den Vertrag regelt.
Art. 17 Abs. 1 EGVÜ eröffnet den Parteien lediglich die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung und legt die Anforderungen für eine Dokumentation der hierzu erforderlichen Willenseinigung fest.
Damit bleibt dem Vertragsstatut die Beurteilung überlassen, ob die AGB Inhalt des Vertrages wurden[290].
Indessen wird diese Frage wohl kaum praktisch werden. Art. 17 ABs. 1 EGVÜ fordert in der Auslegung, wie sie der EuGH[291] vornimmt, daß die Parteien im Text ihres Vertrages ausdrücklich auf die eine Gerichtsstandsklausel enthaltenden AGB Bezug nehmen oder aber auf frühere Korrespondenz verweisen, die ihrerseits ausdrücklich auf die AGB Bezug nahm.
In beiden Fällen müssen die AGB dem Vertragspartner spätestens bei Vertragsschluß zugegangen sein. Damit werden m.E. auch die nach § 2 AGBG gegenüber einem Verbraucher bestehenden Hinweispflichten eingehalten.

---

289 so Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, Anh. § 2, Rdnr. 25

290 Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, Art. 17 EGVÜ, Rdnr. 25; Jung S. 154; Grunsky, RIW 1977, 1, 6; Müller in: Bülow-Böckstiegel, Art. 17 EGVÜ, Anm. III 2a

291 vgl. oben Fn. 287

6. Wahl des Gerichtsstands durch eine Vereinbarung über den Erfüllungsort

a) nach deutschem Recht

Eine Vereinbarung mit Nicht-Kaufleuten über den Erfüllungsort hat nach § 29 Abs. 2 ZPO keine zuständigkeitsbegründende Wirkung. Insoweit scheidet hier die Prorogation an ein deutsches Gericht auf diesem Wege aus.

Bedeutung hat die Vereinbarung eines Erfüllungsortes daher nur für Vollkaufleute im internationalen Geschäftsverkehr, die ansonsten den Beschränkungen des § 38 Abs. 2 ZPO unterliegen, soweit sie eine internationale Gerichtsstandsvereinbarung treffen wollen.

Einer Erfüllungsortvereinbarung kommt daher vom kaufmännischen Verkehr abgesehen, nur materielle Bedeutung zu.

b) nach EGVÜ

Im Anwendungsbereich des EGVÜ stellt sich die Frage, ob die strengen Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 EGVÜ nicht durch eine Erfüllungsortvereinbarung unterlaufen werden können. Eine dem § 29 Abs. 2 ZPO entsprechende Vorschrift fehlt hier.

aa) Meinungsstand

Mit Urteil vom 9.11.1977 entschied das OLG München[292], eine Erfüllungsortvereinbarung habe nur dann zuständigkeitsbegründende Wirkung, wenn sie in der Form des Art. 17 EGVÜ getroffen werde. Das OLG begründet diese Auffassung damit, daß Art. 5 EGVÜ im Gesamtzusammenhang mit den in Titel II geregelten Zuständigkeiten zu sehen sei. Danach und nach dem in Art. 2 EGVÜ niedergelegten Grundsatz sei von den Vertragsstaaten des EGVÜ nicht gewollt gewesen, daß die Formvorschrift des Art. 17 EGVÜ durch die formlose Vereinbarung eines Erfüllungsorts umgangen werden könne.
Dieser Standpunkt wurde auch von Teilen des Schrifttums eingenommen[293].

---

292 RIW 1978, 119ff.

293 Baumgärtel, S. 302; Grunsky, RIW 1977, 1, 5f.; Piltz, NJW 1979, 1071, 1074; differenzierend Linke in: Bülow/Böckstiegel, Art. 5, Anm. 4c, wonach die Wirksamkeit einer Erfüllungsortsklausel dann an Art. 17 EGVÜ zu messen sei, wenn diese *auch* die Funktion einer Gerichtsstandsvereinbarung habe.

In seiner Entscheidung vom 17.1.1980[294] vertrat der EuGH die gegenteilige Auffassung, wonach ein nach dem Vertragsstatut wirksam vereinbarter Erfüllungsort zuständigkeitsbegründende Wirkung hat, ohne daß die Formverschrift des Art. 17 EGVÜ eingehalten sein muß. Der EuGH[295] begründete seine Entscheidung damit, daß der Gerichtsstand des Art. 5 Nr. 1 EGVÜ durch die Parteien beliebig bestimmt werden kann, was durch eine unmittelbare Verknüpfung zwischen dem Rechtsstreit und dem zu seiner Entscheidung berufenen Gericht gerechtfertigt sei. Art. 17 Abs. 1 EGVÜ begründe eine ausschließliche Zuständigkeit und verzichte auf jeden objektiven Zusammenhang zwischen dem streitigen Rechtsverhältnis und dem vereinbarten Gericht.
Da danach die Zuständigkeit des Gerichts nach Art. 5 Nr. 1 und Art. 17 Abs. 1 EGVÜ auf unterschiedlichen Konzeptionen beruhten, seien die Formvorschriften des Art. 17 Abs. 1 EGVÜ nicht ebenso auf Vereinbarungen über den Erfüllungsort anzuwenden.

---

294 EuGH vom 17.1.1980, IPrax 1981, 89ff. = WM 1980, 720; die abschließende Entscheidung des vorlegenden BGH hierzu IPrax 1981, 93ff.

295 aaO.

bb) Tragweite der Rechtsprechung des EuGH

Die Entscheidung des EuGH[296] beinhaltet zweifelsfrei die Feststellung, daß Vollkaufleute Vereinbarungen über den Erfüllungsort schließen können, deren zuständigkeitbegründende Wirkung nach dem EGVÜ nicht von der Einhaltung der von Art. 17 Abs. 1 EGVÜ vorgeschriebenen Form abhängt. Die Wirksamkeit der geschlossenen Vereinbarung richtet sich allein nach nationalem Recht.
Ungeklärt ist allerdings die Frage, wie bei einer Erfüllungsortvereinbarung zu entscheiden ist, bei der nur eine Partei Vollkaufmann ist.
Nach deutschem Recht bedarf eine solche Vereinbarung keiner Form, sie kann, wie oft, auch in AGB enthalten sein[297].
Nach § 29 Abs. 2 ZPO vermag sie allerdings keine Zuständigkeit des entsprechenden Gerichts zu begründen.
Die Frage, ob § 29 Abs. 2 ZPO eingreift, ist allerdings keine nach der Auffassung des EuGH der Beurteilung durch das nationale Recht unterliegende Frage der Wirksamkeit einer Erfüllungsortsvereinbarung. § 29 Abs. 2 ZPO regelt nicht die materiellrechtliche Wirksamkeit einer Prorogationsabrede, sondern deren prozessuale Folgen.
Insoweit scheidet aber eine unmittelbare Anwendung

---

296 aaO.

297 Eine andere Frage ist, inwieweit die Vereinbarung eines Erfüllungsorts ohne sachliche Bezüge zum Vertrag gegen § 9 AGBG verstößt. Vgl. hierzu Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, Anh. §§ 9 - 11, Rdnr. 341; Brandner aaO., Rdnr. 401

des § 29 Abs. 2 ZPO im Bereich des EGVÜ aus, da letzteres die §§ 12ff. ZPO insoweit verdrängt, als sie - wie hier - zugleich die internationale Zuständigkeit regeln[298].

Der Tenor des Urteils des EuGH[299] wie auch dessen Entscheidungsgründe stellen nicht darauf ab, ob es sich bei den Parteien um Vollkaufleute handelt oder nicht, da dem EGVÜ, zu dessen Auslegung der EuGH berufen ist, eine derartige Unterscheidung fremd ist.

Mithin ist davon auszugehen, daß auch mit Nicht-Vollkaufleuten eine formlose Erfüllungsortsvereinbarung im Anwendungsbereich des EGVÜ zuständigkeitsbegründende Wirkung hat.

cc) **Kritik:**

Wenn der EuGH die Formlosigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung mit einer unmittelbaren Verknüpfung zwischen dem Rechtsstreit und dem zu seiner Entscheidung berufenen Gericht rechtfertigt, so wird - jedenfalls, wenn eine der Parteien nicht Vollkaufmann ist - dies nur anzuerkennen sein, wenn damit ernsthaft der materiellrechtliche Leistungsort bestimmt werden soll[300].

Würde man auch die zuständigkeitsbegründende Wir-

---

298 Schumann in Stein/Jonas, Einl. XV G, Rdnr. 788a

299 aaO.

300 Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, Art. 5 EGVÜ, Rdnr. 17; auch Schumann in Stein/Jonas, § 29 ZPO, Rdnr. 49; Grüter, DB 1978, 381, 384; Spellenberg, IPrax 1981, 75, 78; Samtleben, NJW 1974, 1590, 1591

kung einer bloß "abstrakten" Erfüllungsortsvereinbarung anerkennen, so liefe die Vorschrift des Art. 17 EGVÜ praktisch leer. Die Kautelarpraxis würde dann stets auf Erfüllungsortsvereinbarungen ausweichen, was insbesondere bei Geldleistungen auch materiellrechtlich keine Schwierigkeiten mit sich bringen dürfte.

Danach ist es eine Frage der Auslegung, ob die Parteien den Leistungsort bestimmen wollten oder ob es ihnen nur auf die rechtlichen Folgen einer solchen Bestimmung, namentlich die Zuständigkeitsfolge ankam; die von den Parteien gewählte Bezeichnung der Vereinbarung ist dabei unerheblich. Die in Art. 17 EGVÜ bezeichnete Form muß also dann gewahrt sein, wenn es den Parteien neben der Bestimmung des Leistungsorts lediglich *auch* auf die zuständigkeitsbegründende Wirkung der Erfüllungsortvereinbarung ankam[301].
Allerdings ist zu bedenken, daß gerade etwa bei Geldleistungen sich nur sehr schwierig zwischen materiellrechtlich gewolltem und "abstraktem" Erfüllungsort unterscheiden läßt; wie soll festgestellt werden, warum der Kläger beispielsweise mit dem Beklagten vereinbarte, die von diesem zu erbringende Geldleistung sei an eine an einem dritten Ort domizilierte Bank zu überweisen? Es steht zu erwarten, daß hier die Frage der Beweislast ei-

---

301 a.A. Linke in Bülow/Böckstiegel, Art. 5, Anm. 4c, wonach dies schon zur Anwendung des Art. 17 EGVÜ führen soll.

ne entscheidende Rolle spielen wird.
Schon diese Überlegung wird dazu führen müssen, die zuständigkeitsbegründende Wirkung formloser Erfüllungsortsvereinbarungen jedenfalls dann anzuerkennen, wenn diese auch materiell befolgt und durchgesetzt werden.

VI. Zusammenfassung

1. Der Grundsatz der Parteiautonomie, der in weitem Umfang die Vereinbarung ausländischen Rechts durch die Vertragsparteien zuläßt, wird bei Verträgen mit Nichtkaufleuten durch das AGBG erheblich eingeschränkt. Will der AGB-Verwender über eine Rechtswahlklausel ein anderes als das kraft objektiver Anknüpfung berufene Recht zur Geltung bringen, so liegt das von § 10 Nr. 8 AGBG geforderte "anerkennenswerte Interesse" nur dann vor, wenn das Interesse des Verwenders an der Geltung des gewählten Rechts das Kundeninteresse deutlich überwiegt.

   a) Damit ist es für ein ausländisches Unternehmen nahezu unmöglich, gegenüber einem deutschen nichtkaufmännischen Vertragspartner die Geltung ausländischen Rechts zu vereinbaren, wenn dieses nicht schon bereits aufgrund objektiver Anknüpfung gilt. Möglich erschiene eine solche Vereinbarung allenfalls in dem Fall, daß der im Inland lebende Vertragspartner ausländischer Nationalität ist und mit einem Unternehmen seines Heimatstaates kontrahiert, wobei das Recht dieses Staates vereinbart werden soll.

   b) Umgekehrt werden deutsche Unternehmen, die mit ausländischen Nicht-

kaufleuten Verträge schließen und die Geltung deutschen Rechts dabei formularmäßig vereinbaren, durch die Vorschrift des § 10 Nr. 8 AGBG nicht berührt.

2. Anders als bei der materiellrechtlichen Verweisung, bei der die Parteien lediglich die dispositiven Normen des objektiv anwendbaren Rechts durch die Regelungen einer anderen Rechtsordnung ersetzen, unterstellen sie bei einer kollisionsrechtlichen Verweisung ihre gesamten vertraglichen Beziehungen vollständig dem gewählten Recht. Dies geschieht durch eine vertragliche Vereinbarung, dem sog. Verweisungsvertrag.
Die Rechtswahlklausel in AGB stellt sich in diesem Zusammenhang als ein Angebot eines solchen Vertrags an den Empfänger der AGB dar.

Das Zustandekommen des Verweisungsvertrags ist folgendermaßen anzuknüpfen:

a) Angebot und Annahme des Verweisungsvertrags richten sich grundsätzlich nach der Rechtsordnung, die der Verweisungsvertrag für den Hauptvertrag angewendet wissen will, also dem präsumtiven Vertragsstatut.

b) Davon sind in zwei wesentlichen Fällen Ausnahmen zu machen:

- die Frage, ob das Schweigen des AGB-Empfängers als Annahme der AGB und des in ihnen angebotenen Verweisungsvertrags zu werten ist, beurteilt sich neben dem präsumtiven Vertragsstatut auch nach dem Heimatrecht des schweigenden AGB-Empfängers.

- das Heimatrecht des AGB-Empfängers ist auch bei der Frage mitzuberücksichtigen, ob überhaupt ein Angebot auf Abschluß eines Verweisungsvertrags vorliegt. Zweifelhaft kann dies insbesondere bei branchenüblichen AGB sein, die ohne Bekanntgabe des Wortlauts an den Vertragspartner in den Vertrag einbezogen werden sollen und eine Rechtswahlklausel enthalten.

c) Diese Ausnahmen gelten jedoch in folgenden Fällen nicht:

- wenn der Schweigende den Vertragsschluß selbst angeregt hat und das künftige Vertragsstatut aus dem vorvertraglichen Schriftwechsel mit hinreichender Genauigkeit hervorgeht

- wenn der ausländische Vertragspartner im Inland aufgetreten ist und es sich um ein Verkehrsgeschäft handelt.

3. Bei kollidierenden AGB entscheidet über das Zustandekommen des Verweisungsvertrages das Recht, das nach objektiver Anknüpfung als Vertragsstatut berufen wäre. Ist dies das deutsche Recht, so kommt bei widersprüchlichen Rechtswahlklauseln in den beiderseitigen AGB kein Verweisungsvertrag zustande, so daß deutsches Recht Vertragsstatut bleibt.

4. Die Frage, in welcher Sprache Erklärungen gegenüber einer ausländischen Vertragspartei abzugeben sind, ist materiellrechtlicher Natur. Sie wird durch das jeweilige (präsumtive) Vertragsstatut beantwortet.

   Ist Vertragsstatut deutsches Recht, so gilt folgendes:

   a) Die Kenntnisverschaffungspflicht des § 2 Abs. 1 AGBG gebietet es, gegenüber ausländischen Nichtkaufleuten, die AGB in der Sprache bekanntzumachen, derer diese sich selbst bedienen.

   b) Gegenüber ausländischen Kaufleuten reicht auch die Bekanntgabe der AGB in einer Weltsprache (englisch, französisch, spanisch) aus; hat der andere Teil Erklärungen des AGB-Verwenders in dessen Sprache gegen sich gelten lassen, so genügt auch eine Bekanntgabe der AGB in der Sprache des AGB-Verwenders.

c) Bei Inlandsgeschäften mit Ausländern ist die Verhandlungs- und Vertragssprache in aller Regel deutsch. Verhandelt der deutsche Vertragspartner jedoch in der Sprache des Ausländers, wird der Vertrag aber in deutscher Sprache abgefaßt, so ist letztere als Vertragssprache für die nachfolgenden Erklärungen maßgeblich.

c) Erklärungen, die nicht in der Vertragssprache, bzw. im vorvertraglichen Stadium in der Verhandlungssprache abgefaßt sind, braucht der Empfänger nicht gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie nachweislich in vollem Umfang verstanden hat.

5. Bei Geschäften, die ausländischem Recht unterliegen, die jedoch auf die akquisitorische Tätigkeit des ausländischen Vertragspartners im Inland zurückgehen, bleibt dem inländischen Verbraucher der deutsche Standard an Verbraucherschutz - im Sinne eines Schutzes vor unangemessenen Vertragsbedingungen erhalten. Die von § 12 AGBG angeordnete Berücksichtigung des AGBG kann allerdings nicht dazu führen, daß er mehr Rechte erhält, als ihm nach dem jeweiligen ausländischen dispositiven Recht zustehen.

6. Auch im Anwendungsbereich der Einheitlichen Kaufrechtsabkommen gelten die §§ 2, 3 AGBG; bezüglich der Sprachwahl treten hier keine spezifischen Probleme auf.

   a) Der Ausschluß von EKG und EAG ist nur vertraglich möglich, nicht aber kraft hypothetischen Parteiwillens. Er kann auch noch während des Rechtsstreits in 1. Instanz erfolgen.

   b) Die Parteien können nicht schon durch die formularmäßige Klausel:" Es gilt deutsches Recht" die Geltung der Einheitlichen Kaufgesetze abbedingen. Hinzukommen muß noch der ausdrückliche Ausschluß von EKG und EAG.

   c) Weitere Möglichkeiten, das Einheitliche Kaufrecht stillschweigend auszuschließen, bestehen in der Wahl des Rechts eines Nichtvertragsstaats, bzw. eines Gerichtsstands oder Schiedsgerichts in einem solchen.

7. Das Europäische Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht wird nach seiner Umsetzung in innerstaatliches Recht (in Deutschland bereits im Gange durch den EGBGB-Entwurf der Bundesregierung) zu folgenden Änderungen führen:

a) Bei

- Lieferung beweglicher Sachen
- Erbringung von Dienstleistungen
- und dazugehörigen Finanzierungsverträgen

an Private

gelten die zwingenden Bestimmungen des Aufenthaltsstaats auch bei der Wahl einer anderen Rechtsordnung. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß der Vertrag aufgrund der akquisitorischen Tätigkeit des ausländischen Unternehmens im Aufenthaltsstaat des Kunden geschlossen wurde oder der Verkäufer von Waren den Kunden veranlaßt hatte, zum Vertragsschluß in ein anderes Land zu reisen.

b) Für die Vereinbarungen von AGB im Bereich gewerblicher Lieferungen und Leistungen ergeben sich durch den EGBGB-Entwurf keine Änderungen.

8. Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen können durch entsprechende Klauseln in AGB getroffen werden.

a) Sie genügen dem Schriftformerfordernis nach § 38 Abs. 2 ZPO bzw. Art.

17 EGVÜ jedenfalls dann, wenn bei der erstmaligen Aufnahme der Geschäftsbeziehungen ein ausdrücklicher Hinweis auf die AGB in der Vertragsurkunde selbst enthalten war.
Bei laufenden Geschäftsbeziehungen kann der einzelne Vertragsschluß auch eine mündliche Gerichtsstandsvereinbarung enthalten, wenn feststeht, daß die Gesamtheit der Geschäftsbeziehungen bestimmten AGB unterliegen und diese eine Gerichtsstandsklausel enthalten.
Als Bestätigung der Gerichtsstandsvereinbarung genügt dann ein Schreiben, das den Hinweis auf die AGB enthält.

b) Soll eine Gerichtsstandsvereinbarung durch AGB getroffen werden, so beurteilt sich ihr Zustandekommen nach dem Vertragsstatut.

c) Gerichtsstandsklauseln unterliegen der Kontrolle durch das AGBG.
Sofern die Formvorschriften des § 38 Abs. 2 ZPO oder Art. 17 EGVÜ eingehalten sind, so sind damit auch in aller Regel die gegenüber einem Nichtkaufmann aus § 2 AGBG gegebenen Hinweispflichten erfüllt.

d) Im Anwendungsbereich des EGVÜ hat die Vereinbarung eines Erfüllungsortes nach der Rechtsprechung des EuGH auch gegenüber Nichtkaufleuten zu-

ständigkeitsbegründende Wirkung. Dies kann nur dann anerkannt werden, wenn damit ernsthaft der materiellrechtliche Leistungsort bestimmt werden soll. Bloß "abstrakte" Vereinbarungen des Erfüllungsorts muß die zuständigkeitsbegründende Wirkung versagt bleiben.

L e b e n s l a u f

Am 16. Juli 1955 wurde ich als Sohn des Buchdruckers Helmut Mayer und seiner Ehefrau Else Mayer, geb. Mayer in Stuttgart geboren.

Ich besuchte das Max-Planck-Gymnasium in Schorndorf und legte dort am 30.5.1974 die Reifeprüfung ab.

Nach abgeleistetem Wehrdienst begann ich zum WS 1975/76 an der Universität Augsburg mit dem Studium der Rechtswissenschaften, das ich ab WS 1977/78 an der Universität Tübingen fortsetzte.

Im Anschluß an die Erste juristische Staatsprüfung, die ich am 5.12.1979 ablegte, folgte der juristische Vorbereitungsdienst, der mit bestandener Zweiter juristischer Staatsprüfung am 5.7.1983 endete.

Vom 1.8.1982 bis zum 30.11.1983 war ich wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen. Im Anschluß daran trat ich in den Justizdienst des Landes Baden-Württemberg ein.

Derzeit bin ich als Richter beim Verwaltungsgericht Stuttgart tätig.

Druck und Verarbeitung: copy shop, darmstadt, tel. 21353